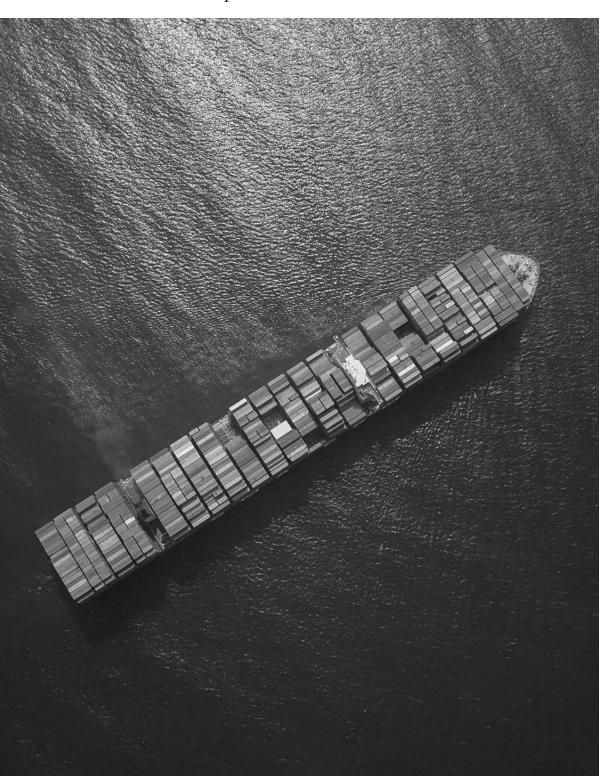


Nadie está obligado a lo imposible

# CAPÍTULO 11 UNA INCONVENIENTE BANDERA DE CONVENIENCIA

Por José Antonio Ricaurte R. Luisa Ricaurte Espinosa



El siguiente documento está basado en hechos reales que suceden permanentemente en el mundo del transporte, y por lo tanto reflejan situaciones de las operaciones logísticas. Sin embargo, todos fueron alterados en algunas de sus partes para proteger a quienes estuvieron involucrados o salieron perjudicados.

Estas narraciones fueron escritas únicamente para servir como documento de trabajo en procesos educativos, en la implementación de programas de administración de riesgos y seguros de transporte. De ninguna manera para juzgar a los protagonistas o a una industria o empresa en particular.

Ninguno de los casos pretende culpar o señalar a alguien, y los únicos nombres exactos que se conservaron fueron aquellos que fueron hechos públicos, que la comunidad conoce por diferentes medios.

Si usted identifica una situación presentada con alguna que le haya sucedido, será simple coincidencia.



# **CAPÍTULO 11**

# UNA INCONVENIENTE BANDERA DE CONVENIENCIA

Algunos aseguradores exigen a sus asegurados garantías que les son imposibles de cumplir. Estas situaciones se ven mucho en el transporte, pero evidentemente la mayoría son aceptadas de buena fe, sin conocer que no es posible cumplirlas. Sin embargo, cuando sucede un siniestro la aseguradora niega el pago.

En principio, aunque Bolivia no goce de salida al mar y tampoco cuente con una tradición de navegantes o una industria marítima, nada impide que un buque esté matriculado bajo bandera boliviana y que sea conveniente contratarlo, porque sus fletes resulten mucho más baratos que los de otro buque, digamos holandés. Pero, ¿serán más confiables las navieras bolivianas? Algunos aseguradores especialistas en el seguro de casco dicen que no y por eso los excluyen de sus coberturas. ¿Y si de repente ese mismo buque en apariencia boliviano cambia de bandera en pleno mar y enarbola el pabellón de Chipre o, peor aún, la carga es trasladada por el naviero contratado a otro barco con bandera de Comoros o de Myanmar? Posiblemente en caso de siniestro la aseguradora no nos cubra.

Veamos un ejemplo: recientemente un respetado importador mexicano contrató con la línea naviera Maerks el transporte de cinco contenedores desde la India hasta el puerto de Manzanillo en México. Había comprado maquinaria de la prestigiosa marca india Tatra y aseguró su mercancía con una gran compañía mexicana. Las mercancías estaban valorizadas en USD \$750.000.

El primer buque asignado para esos contenedores salió del puerto de Mumbai, abandonó el Índico por el Canal de Suez y terminó su ruta en Estambul. Siguiendo una práctica común en el transporte marítimo, entregó la carga con destino en Turquía y los contenedores que seguirían por Gibraltar hacia el Atlántico fueron trasladados a otro buque de la misma naviera. Una vez el buque





estaba en alta mar frente a las costas libias, una tormenta hizo que se soltaran varios de los contenedores de este segundo buque y fueran a parar al fondo del Mediterráneo, con tan mala suerte que entre ellos se hallaban dos de los pertenecientes al importador mexicano.

El importador procedió a dar aviso a su aseguradora y formalizó su reclamo. Pero cuál sería su sorpresa al enterarse de que la aseguradora objetó el pago de la póliza, argumentando que en el momento del incidente el buque se encontraba en registro abierto, matriculado bajo bandera de conveniencia. El importador no sabía qué era una bandera de conveniencia y mucho menos que se trataba de garantía que condicionaba la cobertura de la póliza.

Algunas empresas armadoras, propietarias de pequeñas flotas que se agrupan en navieras como Maersk, buscan ampararse bajo banderas de conveniencia con el fin de reducir los costos de registro o evitar regulaciones estrictas en cuanto al origen de sus recursos.

A veces las aseguradoras, en su afán por controlar su negocio, exceden sin darse cuenta el alcance de las garantías de las pólizas, pidiendo a sus clientes cosas que no pueden cumplir, desembocando en frustraciones y pleitos por cuenta de siniestros no amparados. Lo anterior sucede, por ejemplo, cuando obligan a un comerciante a contratar con su línea naviera el transporte en buques que no tengan la muy antigua, criticada y difícil de evitar práctica de la bandera de conveniencia, conocida como BDC o FOC (*Flag of Convenience*).

Tomemos el caso de la legislación que cubre a los buques en aguas internacionales como si fueran extensiones del territorio donde originalmente fueron matriculados. Se habla de buques de bandera de cierto país como noruegos, norteamericanos, colombianos o de cualquiera de los 177 países del planeta, y se asume que la legislación del país de donde provenga la bandera de origen es la que prevalece en caso sea necesario dirimir litigios a bordo u originados a bordo, que pueden ir desde la piratería hasta accidentes o malos manejos de la carga.

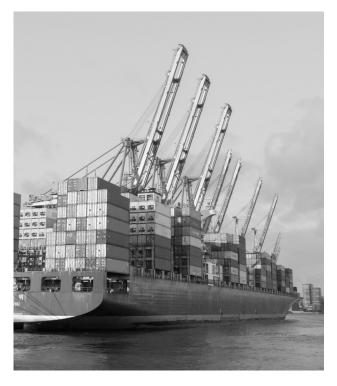
Pero la legislación marítima, ya difícil desde sus inicios en los tiempos de los fenicios, se ha ido haciendo más compleja en tiempos modernos, desde la época de las grandes flotas de balleneros o cargueros del siglo XIX, hasta la era contemporánea en donde una sola nave, conocida como portacontenedor y diseñada específicamente para ello, puede albergar entre 1,200 y 10,000 unidades de contenedor, conocidas como TEU por sus siglas en inglés. Estos gigantescos buques se detienen en múltiples puertos de variados países para entregar, trasladar o recoger nueva carga entre destinos e inclusive trasladarla entre buques de diversas navieras para poder cumplir con los complejos itinerarios.

Los buques son considerados como extensiones del territorio, pero al mismo tiempo como unidades autónomas donde la máxima autoridad es el capitán. Algunas navieras y algunos propietarios o armadores de buques recurren a enarbolar una bandera diferente a la del país de origen de su armador. Este recurso puede servir para abaratar los costos de su registro, al disminuir los requisitos impuestos mediante las regulaciones sobre la actividad del buque. Pero no solo es matricularlo a bajos costos, también implica no tener que explicar de dónde vienen sus recursos.

La lista de países que ofrecen matriculación bajo bandera de conveniencia incluye, además de la citada Bolivia (que no tiene puertos), pequeños países de gran tradición marinera como Sri Lanka, Chipre, Malta, algunas islas caribeñas y la mayoría de pequeños territorios insulares del Pacífico. Casi todos estos territorios tienen en común lo mismo que los paraísos bancarios: economías débiles y costos bajos como atracción a los inversionistas navieros¹.

Muchos países que tienen puertos sobre la costa exigen a sus barcos de cabotaje (los cargueros que van y vienen entre puertos de un mismo país) no usar banderas de conveniencia. Sin embargo, es muy difícil evitar que la carga no pase por buques con este tipo de abanderamiento por la dinámica y la logística misma de la carga, que a veces exige a las compañías navieras planear el traslado de la carga de buque en buque, por razón del orden y la planeación de las rutas interoceánicas.

1. Ver el Capítulo 7: "Las reglas del mar", donde analizamos las diferentes legislaciones vigentes en el transporte marítimo.





Los barcos con bandera de conveniencia ofrecen ciertos riesgos como, por ejemplo, el lavado de activos. Por eso las aseguradoras, por lo general, no cubren algunos de los riesgos inherentes al transporte en naves matriculadas bajo la condición FOC. Sin embargo, en la práctica es muy difícil evitar que la carga en un momento dado pase por este tipo de barcos, pues también en buenas manos las FOC o BDC se usan para bajar costos y obtener ventajas logísticas a la hora de trasladar cargas entre buques de una misma naviera con el fin de articular y optimizar itinerarios.

Sin ir más lejos, la naviera Maersk, una de las más grandes del mundo, incluye 160 barcos FOC en su flota de más de 700 cargueros, es decir, un 23%. Esto quiere decir que, si un agente de carga o un exportador quieren a toda costa que en una operación transcontinental no intervengan barcos FOC, lo más probable es que su cargamento se quede en tierra.

Sin embargo, esto es absolutamente irrelevante en el transporte marítimo regular en barcos portacontenedores de grandes líneas navieras, porque por lo general no le agrega un riesgo especial a la operación. La Corte Suprema de Justicia colombiana se ha pronunciado en contra de que en los contratos de seguro se incluyan garantías que resulten imposibles de cumplir. Las garantías deben estar encaminadas a reducir el nivel del riesgo en una cobertura, pero en todo caso deben ser posibles de ejecutar.

Un ejemplo de esta situación es un siniestro que le sucedió a un importador de textiles bogotano, que contrató con una aseguradora colombiana una póliza de transporte, la cual obligaba a tener un acompañante vehicular durante todo el tránsito terrestre<sup>2</sup>. El importador así procedió y contrató el servicio con una empresa especializada en este tipo de vigilancia. Transitaron en medio de un invierno intenso y del tráfico del fin de semana. Llegando al emblemático paso de La línea en la cordillera central, el vehículo fue atacado por piratas terrestres, logrando llevarse rápidamente las mercancías. Lamentablemente, por alguna razón el escolta no se encontraba con ellos en el momento del ataque. El resultado fue que la aseguradora objetó el pago, porque en el momento del robo el escolta no estaba al lado del camión.

Efectivamente el asalto sucedió cuando el escolta no se hallaba al lado del camión (estaba tomando una pausa, como después aclaró). Aunque el servicio fue mal prestado, la obligación de la garantía debe estar enfocada a obligar al cliente a contratar el servicio, pero esto no significa que el asegurado pueda garantizar que el escolta esté todo el tiempo al lado del camión en un viaje de dos días.

# Nadie está obligado a lo imposible.

2. Véase el capítulo 1: "¡Auxilio, me quede sin señal!" de este libro, en el cual se analiza el alcance de estos servicios de seguridad.



# **ASPECTOS JURÍDICOS**

El contrato de seguro es considerado como un contrato de adhesión, el cual ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia como aquél en donde uno de los contratantes se limita a consentir su adhesión a las condiciones impuestas por el otro<sup>3</sup>. Así pues, la contratación por adhesión denota una clara posición dominante de una parte (quien define las condiciones contractuales de forma unilateral) sobre la otra (quien se limita a aceptarlas pues no puede discutir libre y previamente el contenido del contrato)<sup>4</sup>.

La Ley 795 de 2003, la cual modificó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció que todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia (antes Superintendencia Bancaria) deben: "abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante"5. Del mismo modo, la Ley 1328 de 2011 establece en el artículo 7, numeral e, la obligación de las entidades vigiladas de abstenerse de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual. Por su parte, el artículo 11 prohíbe las cláusulas abusivas que se incorporen en los contratos de adhesión y establece que cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

- 3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 2012, Exp. 0500131030082005-00425-01.
- 4. Ley 1328 de 2009, artículo 2.
- 5. Ley 795 de 2003, artículo 24.



Adicionalmente, la Superintendencia Financiera, en uso de sus facultades legales, expidió la Circular Externa 039 de 2011 y las Circulares Externas 018 y 048 de 2016, en las cuales menciona una lista no taxativa de las cláusulas que son consideradas abusivas.

Ahora bien, el artículo 1060 del Código de Comercio define la garantía del contrato de seguro como:

(...)la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

(...) La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción.

Como se puede ver, el incumplimiento de la garantía conlleva graves efectos como la nulidad del contrato, en el evento se incumpla al momento de su celebración, o la terminación del contrato, si el incumplimiento se da de forma posterior a su celebración. En este sentido, la correcta elección de la garantía en el contrato de seguros es fundamental para garantizar su debida ejecución.

En este orden de ideas, la garantía debe enmarcarse dentro de la buena fe contractual, por lo que en "el caso de esas garantías caprichosas, no relacionadas ni directa ni indirectamente con el riesgo o <u>aquellas imposibles de cumplir</u>, caería dentro de la categoría de "<u>cláusulas abusivas</u>" y consecuencialmente ineficaces" (subrayado y negrilla adicionado).

En conclusión, la garantía en el contrato de seguros debe establecerse de tal forma que su alcance y contenido no configuren lo que se ha definido como una cláusula abusiva frente al asegurado o que implique un desequilibro en los derechos que surgen para el asegurado.

## CONSEJOS PARA EL MANEJO DE LOS RIESGOS

Hay que contratar transportadores que en sus pólizas no tengan clausulas abusivas en sus contratos de seguros.

En las pólizas de los proveedores se debe verificar que no se hable de "garantías" porque su incumplimiento produce la nulidad automática del contrato de seguros, sino de "exclusiones". De esta manera se excluye aquel embarque que no cumplió lo pactado, pero si se amparan otros embarques en desarrollo.

6. Ordoñez, A. (2008). Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de derecho de seguros Nro. 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

# TIPS PARA EL PROGRAMA DE SEGUROS

En una póliza se puede exigir que se mantengan equipos extintores de fuego, pero no obligar a que apaguen el fuego. Esto último será fruto de la pericia y el azar.

En el programa E-CARGO se hace énfasis en la calidad de los proveedores.

## REFERENCIAS

#### Normatividad nacional

Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 15 de julio de 2009. DO: 47411.

Ley 795 de 2003. Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. 14 de enero de 2003. DO: 45064.

### Jurisprudencia nacional

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de julio de 2012. Exp. 0500131030082005-00425-01.

#### Doctrina y otros

Ordoñez, A. (2008). Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de derecho de seguros Nro. 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

