

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

**EL SEGURO DE TRANSPORTE EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE
DE COSAS O MERCANCÍAS**

Por:

**Pablo Agustín Ochoa Mejía
C.C. 71.717.546**

Pontificia Universidad Javeriana

Especialización en derecho de seguros

Medellín, Septiembre 21 de 2012

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
<u>INTRODUCCIÓN</u>	3
1. <u>SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y AGRARIA, 24 DE OCTUBRE DE 2000, EXPEDIENTE 5738.</u>	7
1.1. <u>RESEÑA</u>	7
1.2. <u>EVALUACIÓN CRÍTICA</u>	17
2. <u>SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y AGRARIA, 12 DE DICIEMBRE DE 2002, EXPEDIENTE 6754.</u>	19
2.1. <u>RESEÑA</u>	19
2.2. <u>EVALUACIÓN CRÍTICA</u>	22
3. <u>SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y AGRARIA, 24 DE JUNIO DE 2009, EXPEDIENTE . 1999-01098</u>	24
3.1. <u>RESEÑA</u>	24
3.2. <u>EVALUACIÓN CRÍTICA</u>	29
4. <u>SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SALA CIVIL Y AGRARIA, 16 DE DICIEMBRE DE 2010, EXPEDIENTE 2000 - 00012</u>	31
4.1. <u>RESEÑA</u>	31
4.2. <u>EVALUACIÓN CRÍTICA</u>	38

EL SEGURO DE TRANSPORTE EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE COSAS O MERCANCÍAS

Según las disposiciones establecidas en el libro cuarto, título IV capítulo I del Código de Comercio el transporte es un contrato en que una de las partes, el transportador se obliga para con otra, el remitente, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar estas al destinatario. Hoy día, la calidad de transportador la asume una empresa de transporte, lo cual no significa que se suprima el transportador individual o independiente. Con esta aclaración, el contrato de transporte lo podemos definir, concretando, como aquel por medio del cual se conviene entre el cargador o pasajero y la empresa de transporte (porteador, transportista, etc.), el traslado de una persona o de una cosa, por un precio determinado y, normalmente, por un medio determinado. Son pues dos elementos fundamentales para el transporte, el desplazamiento que es fundamental (por tierra, agua o aire) y la conducción (conducido por agente externo) que implica hacer recorrer un itinerario. Aunque estos dos elementos son los que componen la estructura del contrato, no por ello se afirma que sean los únicos. Desde un punto de vista más genérico, de las definiciones expresadas, en el contrato de transporte se tipifican los siguientes elementos: a- Un desplazamiento de una persona o cosa; b- Un itinerario o camino a seguir por el empresario de transporte; c- El precio o flete que puede ser convencional o impuesto por la autoridad Estatal; d- La persona, carga o conjunto de cosas a transportar, que debe ser especificada y que se concreta en el boleto de pasaje o en la carta de porte; e- El término o plazo que es esencial en el transporte y que puede ser convenido, reglamentario o determinado por la costumbre.

Es claro que el transporte está contenido dentro de la regulación de las normas generales del contrato, pero el de transporte de cosas, mercancías o carga, se encuentra normado en el capítulo III del Código de Comercio (artículos. 1008 a 1035, modificados por los arts. 18 y ss. del Decreto. 1 de 1990) y los decretos 91 y 173 de 2001, que establecen normas específicas relacionadas con el transporte de mercancías.

El transportador tiene como primera obligación recibir las mercaderías en el tiempo y lugar convenidos y cargarlas según su tipo, pudiendo rechazar solamente aquellas que no reúnan las condiciones exigidas por los reglamentos o la del prohibido transporte legal. El incumplimiento de esta obligación responsabiliza al transportador por los daños y perjuicios que se causen. Tiene mucha importancia la recepción de las mercaderías, porque la responsabilidad del transportador principia desde el momento en que las mercaderías quedan a su disposición o a la de sus dependientes, y concluye con la entrega hecha a satisfacción del destinatario.

La principal obligación del transportador es la conducción en la forma convenida, lo cual supone emprender y concluir el viaje en el plazo y por el camino que señale el contrato., pero si la ruta no estuviere designada, el transportador podrá elegir, habiendo dos o más, la que mejor le acomode, con tal que la elegida se dirija vía recta al punto en que debe entregar las mercaderías. Si hubiere ruta convenida, su variación voluntaria por parte del transportador lo hacen responsable tanto de las pérdidas, faltas o averías, sea cual fuere la causa de que provengan, como de la sanción que hubiere estipulado. Así mismo, según la clase o tipo de mercaderías de que se trate, el porteador deberá tener en cuenta esto para efectos de transportar la carga que requiere reglas de estiba y de conducción especial, pudiéndose negar a prestar el servicio, por su mal estado, embalaje,

acondicionamiento u otras circunstancias graves que los reglamentos señalen.

El transportador tiene la obligación de custodiar y conservar las mercaderías. La obligación de conservar la mercadería porteada significa que el transportador debe emplear en su cuidado la debida diligencia, esto es, la del "buen padre de familia", o mejor dicho, la del buen comerciante u hombre de negocios, respondiendo de la culpa leve en el cumplimiento de esta obligación de custodia de la carga en los términos del artículo 1604 del Código Civil en concordancia con lo previsto en el artículo 992 del Código de Comercio Modificado por el Decreto 1 de 1990 artículo 10, por lo que se considera a este como un profesional en la materia respecto de una actividad económicamente organizada.

Tratándose de cosas corruptibles que empiecen a dañarse en el curso del transporte, podrá disponer de ellas con licencia de la autoridad policiva del lugar, si por el estado o naturaleza de las mismas o por otras circunstancias no es posible pedir o esperar instrucciones del remitente o del destinatario, sin un mayor perjuicio o daño. La obligación de conservación y custodia de las mercancías obedece a que el transporte es un contrato **de resultado**, según lo ha reiterado la Honorable Corte Suprema de Justicia, tal y como lo veremos en el presente análisis valga decir, depende de que el transportador movilice las mercancías y las entregue sanas y completas a su remitente, de lo contrario se verá comprometida su responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 992 del Código de Comercio Modificado por el Decreto 1 de 1990 artículo 10,

Una vez llega al lugar de su destino, el transportador debe entregar las mercancías al destinatario designado. Si no lo hace, el transportador se hace responsable de los daños y perjuicios que cause su incumplimiento. En caso de que las mercaderías vengan encajonadas, enfardadas o embaladas, el transportador cumple con entregar los cajones, fardos, barricas o balas sin lesión alguna exterior, es decir el transportador recibe sellado o cerrado y en la misma forma ha de entregar.

Se puede dar el caso en que al momento de realizarse la entrega al destinatario las indicaciones de la carta de porte sean insuficientes o que éste se encuentre ausente del lugar, o que estando presente rehusare recibir las mercaderías, por lo que el transportador las depositará en el lugar y por cuenta de quien corresponda recibirlas conforme con el Código de Comercio

Frente a la responsabilidad que le atañe al transportador podemos definir que son básicamente las siguientes: 1) La falta de entrega de las mercancías (por pérdida total o parcial); 2) Las averías o daños a la carga, y 3) El retardo o mora en la entrega. Como puede apreciarse, las causales que hacen nacer la responsabilidad para el transportador surgen del incumplimiento de sus obligaciones, en especial las de recibir las mercaderías, cargarlas, conducir las, conservarlas y custodiarlas durante el viaje y entregarlas, conducir las conservarlas y custodiarlas durante el viaje y entregarlas sanas y salvas al consignatario designado, en el lugar de destino.

Además, debe entregar las mercaderías en los plazos convenidos, o en aquellos que fijen las leyes o reglamentos o los usos y costumbres mercantiles. Y así mismo el artículo 1032 del Código de Comercio, (modificado por el artículo 40 del decreto 01 de 1990 determina que "El daño o avería que haga inútiles las cosas transportadas, son equiparados a pérdida de las mismas, y en este caso, hallándose entre los elementos averiados algunas

piezas ilesas, el destinatario está obligado a recibirlas, a menos que sean de aquellas que componen un juego. En los demás casos de daños o averías, el destinatario deberá recibirlas y el transportador está obligado a cubrir el importe del menoscabo o reducción, en forma proporcional y conforme a lo indicado en los anteriores numerales en lo que a indemnización respecta.

El transportador solo está obligado a entregar la cosa transportada al peso, cuenta o medida, cuando en el documento de transporte se haga constar expresamente su recibo en alguna de estas formas, porque cuando las cosas a transportar consista en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, estas se consideran como unidad de carga y deben ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe.

En los casos de pérdida parcial, saqueo o avería, notorios o apreciables a simple vista, el destinatario deberá formular la respectiva protesta en el acto de entrega y recibo de la cosa transportada. Sin embargo, cuando por circunstancias especiales que impidan el inmediato reconocimiento de la cosa, sea imposible apreciar su estado en el momento de la entrega, bien puede el destinatario recibir la mercancía bajo la condición de que se haga su reconocimiento. El reconocimiento examen debe hacerse en presencia del transportador, dentro de los tres días siguientes a la fecha de la entrega.

Es importante aclarar que estos son los términos generales del contrato de transporte terrestre de mercancías, pero el mismo código de Comercio trae unos apartes específicos del contrato cuando es por vía marítima, disposiciones que han de compaginarse con las Reglas de Hamburgo y de Bruselas, pues ambas son regulaciones especiales para el transporte de cosas por mar, que en forma clara radica la obligación de custodia del transportador cuando se recibe la cosa o debió de recibirse y por ende de allí surge la responsabilidad, que según las circunstancias podrá ser en el muelle o sólo cuando la mercancía esté a bordo.

Puede suceder que con motivo de tales circunstancias el destinatario se niegue a recibir la mercancía. Obviamente se trata de una situación que debe ser resuelta judicialmente, razón por la cual el transportador no podrá indefinidamente esperar para su entrega. Por ello el artículo 1029 del Código de Comercio (modificado por el artículo 37 del decreto 01 de 1990) faculta al transportador para depositar la mercancía o tomar cualquier otra medida precautelativa, a costa del destinatario, mientras el caso se decide por el juez del lugar de la entrega. Ahora, tratándose de cosas fungibles o susceptibles de daño por su misma naturaleza o estado, la misma norma concede al transportador facultar para disponer de ellas, siempre y cuando medie la licencia de la autoridad policiva del lugar. En uno u otro evento corresponde al transportador dar aviso oportuno y detallado al remitente.

La responsabilidad del transportador solo cesa cuando la cosa sea entregada al destinatario o a la persona designada para recibirla, en el sitio convenido y conforme lo determina la ley. Igualmente la responsabilidad del transportador cesa cuando haya transcurrido el término de cinco días, contados a partir del fijado para la entrega o del aviso de depósitos o disposición de la mercancía cuando existan discrepancias acerca del destinatario, de su derecho o las condiciones de entrega, sin que el interesado se haya presentado a retirar o a recibir la cosa transportada. En este caso, tiene derecho el transportador a que se le pague el bodegaje acostumbrado en la respectiva plaza.

Existen causales exonerativas de carácter general tales como la fuerza mayor o caso fortuito, vicio de la cosa y culpa del remitente o destinatario, pero el Código de Comercio trae en el artículo 1013 (modificado por el artículo 23 del decreto 01 de 1990) un caso especial de eximente responsabilidad que bien pudiera ser incluida dentro de la categoría de culpa exclusiva proveniente del remitente, y es el caso en que el remitente debe entregar las mercancías al transportador debidamente embaladas y rotuladas, conforme a las exigencias propias de su naturaleza. Se trata pues de un embalaje especial que corresponderá al remitente. En consecuencia, si el remitente no efectuó dicho embalaje y a consecuencia de tal omisión se producen daños o averías sobre la cosa, el transportador bien podrá exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad, demostrando que el embalaje especial correspondía efectuarlo al remitente, debido, precisamente, a la naturaleza o condición de la mercancía. Sin embargo, el inciso segundo de la norma mencionada traslada la responsabilidad al transportador cuando, a sabiendas de las características especiales que debía tener la carga y obviamente la presencia de un embalaje especial, se hizo cargo de las mercancías, de su transporte.

En desarrollo del contrato de transportes se podrá tomar una póliza de responsabilidad civil contractual que cubrirá la responsabilidad civil del transportador frente al remitente, destinatario o dueño de la mercancía transportada, como consecuencia de las pérdidas, daños físicos, o retrasos en su entrega, pero también se podrá contratar un seguro que únicamente ampare la mercancía, donde se le reconozca e indemnice a quién tenga ese interés asegurado, el valor de la misma, e inclusive se puede asegurar, en forma concomitante, este último interés junto con la responsabilidad civil del transportador en los términos del artículo 1124 del Código de Comercio.

El contrato de seguro en el transporte aparece incorporada en nuestra legislación comercial en el Libro Cuarto, Título V y Libro Quinto, Primera Parte, Título XIII del Código de Comercio, y que encuentra su fundamento en la naturaleza del riesgo asumido, donde se cubrirán todos los riesgos inherentes al transporte

En el presente análisis jurisprudencial trataré de reseñar brevemente las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria en cuatro sentencias relacionadas con el seguro de Transporte y más concretamente en el transporte terrestre de mercancías o cosas, sobre aspectos atinentes a la responsabilidad del transportador, sus obligaciones como empresario y profesional dedicado a esta actividad, las causales por las cuales se puede llegar a exonerar, así como aspectos básicos en cuanto a la legitimación en la causa, la figura de la subrogación en el contrato de seguro, las presunciones establecidas en el artículo 1040 del código de comercio, la responsabilidad de los intermediarios en el transporte y otras circunstancias relativas al seguro.

1.- PRIMERA SENTENCIA.

LEGITIMACION EN LA CAUSA PARA RECLAMAR INDEMNIZACION LITISCONSORCIOS LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Magistrado ponente : José Fernando Ramírez Gómez

Expediente : **5738**

Fecha : 24 de octubre de 2000

Demandantes : Almacén el Troke Ltda. (Destinataria) y mediante reforma Posterior se incluyó a Alcargo Ltda. (Remitente)

Demandadas : Cooperativa de Transportadores Santandereanos Ltda.

Llamadas en garantía : Aseguradora Colseguros S.A. y Seguros Caribe S.A.

1.1.- A) HECHOS.

1.- La Sociedad Alcargo Ltda., remitente y la Cooperativa de Transportadores Santandereanos Ltda., transportista, celebraron contrato de transporte de Mercancías, signando como destinatario a Almacén el Troke Ltda.

2.- Durante el trayecto fue objeto de hurto el rodante al serle arrebatado al conductor, junto con la mercancía por delincuentes que simularon autoridad.

3 La demanda le fue notificada a la transportadora quién formuló como excepciones de fondo las que denominó: no ser el demandante contratante del transporte, fuerza mayor, incumplimiento de la obligación de pagar el flete y no haber indicado el remitente el valor de la mercancía transportada. De otra parte, llamó en garantía a Seguros Caribe S.A.

4.- La demandante inicial, fue reformada posteriormente, para incluir como demandante a la destinataria Alcargo Ltda., y llamó en garantía a la Aseguradora Colseguros S.A.

5.- La reforma fue aceptada y se dispuso la notificación de las aseguradoras.

6.- La Aseguradora Colseguros S.A. contestó el llamamiento en garantía, oponiéndose a las pretensiones del mismo y propuso como excepciones las siguientes: indebido llamamiento en garantía, trayecto asegurado cumplido, nulidad o terminación del seguro por coexistencia de seguros, y no estar obligada a efectuar pago de ninguna suma de dinero a Almacén el Troke Ltda., por concepto de la póliza automática para seguros de transporte No. 102745

B) PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO.

¿Coexisten la legitimación del destinatario y del remitente para reclamar las prestaciones derivadas del incumplimiento del contrato de transporte, luego de aceptado el contrato

parte del destinatario y de haber sido reconocido el extravío de la mercancía por el transportador?

¿La suerte de la aseguradora llamada en garantía siempre dependerá del resultado que tenga en el proceso su citante?

¿Puede entenderse que existe error de derecho, por no haber valorado las pruebas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil?

C RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA.

PRIMERA INSTANCIA.

En **primera instancia** se condena a la demandada a pagarle a Almacén El Troke Ltda, treinta y seis millones setecientos nueve mil ciento noventa y siete pesos con ochenta centavos (\$36.709.197.80), equivalentes al 80% de la mercancía transportada. Asimismo, negó la pretensión atinente al lucro cesante y declaró fundada la excepción de “trayecto asegurado cumplido”, propuesta por Colseguros S.A. Consecuentemente negó las pretensiones que contra esta última se plantearon y condenó a Seguros Caribe S.A. a pagarle a Almacén El Troke Ltda. la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000.). Además condenó a la Cooperativa Transportadora demandada a pagarle a la sociedad demandante el 80% de las costas, y a esta última las costas causadas a favor de Aseguradora Colseguros S.A.. Ya en **segunda instancia** el Tribunal decide revocar en su integridad lo decidido por el a quo, para en su lugar declarar procedente la excepción de fuerza mayor e imprósperas las pretensiones propuestas en contra de la parte demandada, amén de considerar que Alcargo Ltda., carecía de legitimación en la causa. Así mismo, absolvió a las llamadas en garantía y dispuso las respectivas condenas en costas. Y en sede de **casación** la corte no Casa la Sentencia, manteniendo la decisión de segunda instancia.

D) FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

De la Legitimación en Causa. Conforme a lo dispuesto en los artículos 1023 y 1024 del Código de Comercio, los derechos del remitente de la mercancía son excluyentes de los del destinatario de la misma, puesto que los del primero cesan en el momento en que comienzan los del segundo, sin que en modo alguno pueda predicarse alguna solidaridad activa entre ellos y mucho menos que el transportador pueda responder frente a los dos.

Consideró el tribunal, que en el caso se presenta una colisión entre los intereses de los demandantes, la cual debe resolverse a favor de quien ocupa la posición de destinatario, en cuyo beneficio el inciso tercero del artículo 1024 consagra un derecho preferencial, y por ende la legitimación por activa para reclamar la indemnización correspondiente a las mercancías extraviadas, la cual radica solamente en Almacén El Troke Ltda., quien por consiguiente no tenía necesidad de probar la titularidad del dominio, pues se discutían obligaciones y derechos que tienen su fuente en el contrato de transporte, siendo suficiente para hacerlos valer, acreditar la condición de remitente o destinatario, según el caso, así se tratara de mercancías de propiedad de terceros.

En cuanto a la excepción de Fuerza Mayor planteada por la pasiva, halló demostrado que la pérdida de la mercancía se produjo con ocasión de un hecho extraño que reunía las

características de la fuerza mayor, a cuya ocurrencia contribuyó en parte Almacén El Troke Ltda., por cuanto no informó al transportador el valor de la mercancía, ni el riesgo de que fuera hurtada, pues de haberlo hecho las condiciones del contrato hubiesen sido diferentes, con fletes más elevados, en consideración a la necesidad de adoptar medidas especiales de seguridad.

Respecto del llamamiento en garantía hecho a Seguros Caribe S.A., expresó que teniendo en cuenta la absolución de quien hizo el llamamiento, relevado quedaba de cualquier otro pronunciamiento en torno de dicha aseguradora.

En cuanto a la Aseguradora Colseguros S.A., consideró en primer lugar que la demandante y esta sociedad estaban vinculadas sustancialmente por una póliza automática tendiente a amparar el transporte de repuestos automotores entre el trayecto comprendido desde la entrega del despachador hasta los “depósitos del asegurado, lugar final de destino”, pero que como dicha póliza es marco, constituían anexos indispensables de la misma los certificados de seguro, siendo evidente en este caso que tales documentos “no determinaron como cubierto el riesgo que pesaba sobre la mercancía durante el trayecto Bogotá Bucaramanga, cuyo acarreo se haría por tierra. Era necesario un tercer certificado de seguro que así lo especificara y éste no aparece. Como el contrato de seguro es solemne, en la interpretación de la póliza (los certificados hacen parte de ella, artículo 1048 del C. de Co.) ha de aplicarse el principio de la literalidad sin que le sea dado al fallador extender los amparos contratados más allá de lo previsto por los propios contratantes..”. Consecuentemente, dispuso su absolución.

E) RECURSO DE CASACION.

Se formulan dos cargos fundamentados en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

El primer Cargo. Acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria de normas de derecho sustancial por falta de aplicación. Escindió su desarrollo en tres capítulos la falta de legitimación de la sociedad comercial ALCARGO LTDA., la excepción de fuerza mayor, y por último, al llamamiento en garantía que se hizo a las aseguradoras.

Falta de Legitimación en Causa. Acusa al Tribunal de haber dejado de aplicar los artículos 52 inciso 3o. del Código de Procedimiento Civil, y 1018 inciso 1o. del Código de Comercio (reformado por el artículo 27 del Decreto 01/90), así como de haber aplicado indebidamente los artículos 1023 inciso 4o. y 1024 inciso 3o. ibídem (reformados por el Decreto 01/90, artículos 31 y 32, respectivamente).

Explica el recurrente que en el caso se debió haber aplicado el inciso 3o. del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la hipótesis contemplada en dicha norma, “se asemeja plenamente a la tesis del caso concreto en la medida que no excluye los derechos de remitente y destinatario del contrato de transporte de que da cuenta la tesis y por el contrario permite la integración del llamado litisconsorcio cuasinecesario para que el interviniente actúe con las mismas facultades del demandante original en la medida en que exista una relación sustancial entre uno y otro a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, permitiendo que el interviniente esté legitimado para demandar o ser demandado en el proceso”. Aduce que el litisconsorcio es cuasinecesario por cuanto, tanto remitente como destinatario estaban legitimados para intentar válidamente las

mismas pretensiones, en forma independiente, por iniciativa común o como aquí sucedió, por citación a una de ellas. La relación sustancial entre remitente y destinatario es innegable surgida del contrato de transporte celebrado entre ALCARGO LTDA., y **COOTRASANDEREANOS LTDA.**, para transportar repuestos, para vehículo automotor de propiedad del destinatario, **ALMACEN EL TROKE LTDA.**”.

Agrega que la inaplicación del artículo 1018 del Código de Comercio, determinó la indebida aplicación del inciso 3o. del artículo 1024 ibídem, ya que el ad quem le hizo producir un efecto que la norma no tiene, al sostener en el fallo impugnado, que el destinatario era el titular del derecho a reclamar, pues la norma no plantea ningún derecho preferencial, sino que simplemente habilita los derechos del destinatario y consagra también, que los derechos resultantes del contrato de transporte los tendrá, en su caso, el tenedor legítimo de la carta de porte, por lo que no exigiéndose ese documento para el transporte terrestre de carga, debe entenderse que la norma también autoriza al tenedor legítimo de la remesa terrestre a que haga valer los derechos resultantes del contrato de transporte con relación al transportador. Luego agrega: “Como la norma no extingue derecho alguno para el remitente, sino que lo crea; el Tribunal, le hace producir a la norma el efecto de deslegitimar al remitente en todos sus derechos resultantes del contrato de transporte. Aquí, el Tribunal, incurre en el yerro en la premisa menor del silogismo al legitimar por activa sólo a uno de los demandantes...”.

En segundo lugar manifiesta que el fallador al haber declarado próspera la excepción denominada “**FUERZA MAYOR**”, dejó de aplicar el inciso 2o. del artículo 1649 del Código Civil y aplicó indebidamente el inciso 1o. del artículo 992 del Código de Comercio (reformado por el artículo 10 del Decreto 01/90).

Aduce el recurrente que el supuesto fáctico contemplado en la norma del Código Civil citada, corresponde exactamente al caso controvertido, pues los demandantes pretenden el pago total de las obligaciones surgidas del contrato de transporte y es esa norma la que hace tal reconocimiento. Seguidamente afirma que el Tribunal incursionó en el error cuando en la norma indebidamente aplicada (artículo 992, inciso 1o. del Código de Comercio), “sólo encontró semejanzas y ninguna diferencia” entre la hipótesis contemplada en la norma y la tesis, yerro que cometió “al asemejar y no diferenciar al transportador del chofer del camión, dividiendo la tesis en dos partes que el mismo Tribunal plasma en el fallo. En la primera parte de la tesis el Tribunal dice: ‘En este caso la mercancía no llegó y el transportador alega..’, en la segunda parte de la tesis dice el Tribunal ‘Desde el punto de vista jurídico resulta imposible exigir al chofer de un camión...’. Ahora, según el casacionista, lo anterior implicó que el fallador desintegrara la tesis y que por ende estimara que el hecho no era imputable al obligado, pues le era extraño dado que no se provocó por su decisión o por su culpa.

En relación con el nexo causal que debe existir entre el hecho constitutivo de la fuerza mayor y la inobservancia de la obligación, predica el recurrente que el Tribunal nuevamente yerra al establecer semejanzas y no diferencias entre la hipótesis legal por él entendida y la tesis del caso concreto, porque “tanto en la hipótesis legal como en la tesis, figuran el hecho y el transportador, y no es jurídico, buscar la causa sólo en el hecho, hay necesidad de indagar, como lo consagra la norma, si el obligado con la carga lo provocó o no. En el proceso calificadorio del hecho que incumbe al juez Ad Quem, no le es dable sentenciar con la evaluación simple de él, puesto que se expone a equívoco.”

Ocupándose de la irresistibilidad como elemento de la fuerza mayor, dice el impugnante, que el error se advierte en la premisa menor del silogismo, ya que el transportador es **COOTRASANDEREANOS LTDA.**, mas no el chofer. Tratándose de la imprevisibilidad, el yerro se hace más ostensible por cuanto el adverbio “razonablemente” que consagra la hipótesis legal se le asigna en la tesis del caso concreto sólo al hecho, siendo que la norma no predica la razonabilidad para el hecho, sino para las “medidas” que debe tomar el transportador, a quien se le impone la obligación tanto de probar que no incurrió en culpa, como de acreditar que adoptó todas las precauciones razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación. Dice textualmente: “La norma exige entonces para eximir de responsabilidad al transportador, dos aspectos esenciales a probar y no uno. El Tribunal, al aplicar indebidamente la norma sólo se preocupó por la comprobación de uno solo de los aspectos, duplicando el yerro, pues en el primero, incurrió en él al no establecer diferencias debiendo hacerlo, entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto; y en el segundo, al no cumplir con las dos exigencias contenidas en la norma”.

El segundo cargo con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se acusa la sentencia del Tribunal de ser indirectamente violatoria de normas de derecho sustancial, como consecuencia de haber incurrido el fallador en error de derecho en la apreciación de la prueba.

El casacionista divide el cargo en tres capítulos a saber: en el primero, señala los presuntos yerros en que incurrió el fallador al negarle legitimación por activa a la Sociedad Comercial **ALCARGO LTDA.**; en el segundo se refiere a los errores en que presuntamente cayó al tener por demostrada la excepción denominada “fuerza mayor”; y finalmente se ocupa del doble llamamiento en garantía.

En cuanto a la primera parte aduce: : “Al deslegitimar a la Sociedad Comercial **ALCARGO LTDA.**, por activa, el Tribunal quebrantó los Artículos 52 inciso 3o. del Código de Procedimiento Civil; 1018 del Código de Comercio, inciso 1o. (reformado por el Decreto 01/90, Artículo 27), Artículos 1023 inciso 4o. del Código de Comercio (Reformado por el Decreto 01/90 Artículo 31) y 1024 inciso 3o. del mismo Código (reformado por el Decreto 01/90, Artículo 32); y el Artículo 187 del Código Procesal Civil, los dos primeros por falta de aplicación y los dos siguientes por aplicación indebida”.

Expresa que el juzgador aplicó indebidamente el inciso 3o. del artículo 1024 del Código de Comercio, pues como dicha norma sólo se refiere al derecho de disposición, los demás derechos siguen siendo preferenciales para el remitente en la medida en que la mercancía no llegue a su destino. Según aquél, el Tribunal “al no valorar el testimonio del señor **ELIECER GUTIERREZ** junto con los demás testimonios y no razonar el mérito de esta prueba en cuanto al trayecto en que ocurrió el hecho y en cuanto a que el contrato de transporte se celebró con el remitente quien por ello debía considerarse el tenedor de la remesa terrestre de carga (equivalente a la carta de porte), violó el Artículo 187 del C. de P. C. , (norma medio) que dejó de aplicar y que le imponía valorar todas las pruebas en su conjunto. En consecuencia el Tribunal incurrió en error in procedendo al deslegitimar por activa a la **SOCIEDAD COMERCIAL ALCARGO LTDA.**, demandante que legal y probatoriamente tenía doble legitimación por activa y derecho preferencial para reclamar frente al destinatario de la mercancía también legítimo reclamante”. Luego agregó: “De la prueba dejada de evaluar resulta como antítesis del Tribunal que **Alcargó Ltda.**, sí estaba legitimada por activa dada la calidad de litisconsorte cuasinecesario con la cual intervino

al proceso; de remitente de la mercancía, con la cual formó parte sustancial del contrato de transporte y; por la expedición por parte del Transportador de la 'remesa de carga' equivalente a la carta de porte".

En la segunda parte del cargo sostiene el impugnante que el Tribunal al declarar probada la excepción de fuerza mayor propuesta por la cooperativa transportadora demandada quebrantó indirectamente, a causa de error manifiesto de derecho en la apreciación de la prueba, el inciso 2o. del artículo 1649 del Código Civil, por falta de aplicación, y el inciso 1o. del artículo 992 del Código de Comercio por aplicación indebida. Según el recurrente el fallador "hizo caso omiso de lo preceptuado por el Artículo transcrito (1649 inciso 2o. del C.C.), en su integridad al no apreciar la demanda con su reforma en lo referente a pretensiones, ni las declaraciones de importación.

"El Tribunal al no atribuir a dichos documentos prosigue el censor el valor que realmente tienen y no valorarlos en conjunto con las demás pruebas válidamente allegadas al proceso, incurrió en error manifiesto de derecho consistente en haberlas apreciado en forma contraria a lo preceptuado por el Artículo 187 del Código de Procedimiento Civil".

En un acápite final que denomina la censura "DOBLE LLAMAMIENTO EN GARANTIA", se acusa al Tribunal de haber quebrantado por la vía indirecta, como consecuencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, el artículo 1124 del Código de Comercio (reformado por el Decreto 01/90, artículo 46), el inciso 2o. del artículo 1649 del Código Civil; y el inciso 1o. del artículo 992 del Código de Comercio (reformado por el artículo 10 del Decreto 01/90), los dos primeros por falta de aplicación y el último por aplicación indebida.

En cuanto al llamamiento en garantía que hizo COOTRASANDEREANOS LTDA. a Seguros Caribe S.A., asevera que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 1124 del Código de Comercio pues la hipótesis legal consagra el derecho para la empresa transportadora a contratar un seguro de transporte, pero condicionándola a que exprese en la póliza el interés asegurado, el cual puede recaer sobre la mercancía o respecto de la responsabilidad del transporte de la mercancía. El censor luego de referirse al contenido de la póliza, la demanda y la reforma a ella, dice que el fallador desatendió lo preceptuado en la norma mencionada, incurriendo en error en cuanto a su validez, porque no estableció diferencias entre la limitación al derecho que la hipótesis legal crea y la tesis del caso concreto en la cual el transportador si contrató el seguro de transporte pero para la mercancía. El Tribunal, dice, "no valoró como pruebas, la demanda y su reforma y en consecuencia no relacionó tales probanzas con el documento 'POLIZA AUTOMATICA DE MERCANCIAS', que perfeccionó el contrato de seguro entre la transportadora, COOTRASANDEREANOS LTDA y SEGUROS CARIBE S.A.", cometiendo un error manifiesto de derecho consistente en no haber apreciado las pruebas conforme a lo ordenado por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

F) CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Del Litis Consorcio Cuasinecesario.

Explica la Corte que la intervención litisconsorcial prevista por el inciso 3º del artículo 52, surge de la voluntad o iniciativa del tercero, quien decide concurrir al proceso para hacerse "litisconsorte de una parte", la demandante o la demandada "y con las mismas facultades de ésta", para asociarse a la pretensión o a la oposición de la parte a la cual se

vincula, pero de manera autónoma, pues su concurrencia se justifica por ser titular “de una determinada relación sustancial a la cual se extienden los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso”, o sea que se trata de una relación sustancial que en el evento de generar un conflicto de intereses, puede ser definido en su mérito sin la presencia de todos los partícipes porque ni la ley, ni la naturaleza de la relación impone el litisconsorcio necesario, es decir, no obstante que la sentencia lo liga a los efectos de la cosa juzgada, la vinculación del tercero es espontánea o facultativa.

Como el tema procesal de la intervención litisconsorcial que se ha venido examinando está íntimamente ligado al de la legitimación en la causa, porque es la misma norma la que sujeta este tipo de intervención a que los terceros hubieran estado “legitimados para demandar o ser demandados en el proceso”, responder la queja que propone el recurrente, supone averiguar en primer lugar, si Alcargo Ltda. estaba legitimado para formular la demanda que hubo de originar este proceso, o sea, si simultáneamente remitente y destinatario estaban legitimados y podían demandar asociadamente, o si por el contrario, el Tribunal tiene razón cuando niega la legitimación de Alcargo, para situarla exclusivamente en el destinatario, quien fungió como demandante primitivo.

De acuerdo con la regulación mercantil, que en este aspecto acogió la orientación de la legislación y doctrina extranjeras, el contrato de transporte de cosas bien puede tener una formación tripersonal cuando remitente y destinatario no son una misma persona, caso en el cual, dándose la aceptación de este último, las partes del contrato quedan integradas por el transportador, el remitente y el destinatario, que era la concepción original del Código de Comercio, donde se consideraba a este último como parte con independencia de su aceptación.

Ahora, cuando la persona del remitente es diferente de la del destinatario y éste ha aceptado el contrato, resulta procedente determinar en quién radica la legitimación para pretender la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de transporte por la pérdida total o parcial de las cosas acarreadas. Por supuesto que la cuestión tiene sentido en tanto se haya dado la aceptación por el destinatario que es la que le confiere la calidad de parte en los términos de la norma citada, pues mientras el destinatario no haya aceptado, con lógica se puede concluir que no siendo parte, la legitimación para proponer la mencionada pretensión es atribución del remitente, como también es claro que existiendo carta de porte, “los derechos reconocidos en este título al remitente o al destinatario sólo podrán ser ejercidos por el tenedor legítimo de la misma...”.

Para definir el problema planteado es necesario anunciar dos premisas que sin duda alguna abrevian la conclusión: a) para efectos de identificar el legitimado no es necesario acudir al título jurídico que se exhiba frente a las mercancías transportadas, porque como lo anota Joaquín Garrigues, lo que se procura hacer valer en caso de la pérdida de las cosas transportadas no es el derecho de propiedad, ni otro cualquiera, sino los personales surgidos del contrato de transporte que se dice incumplido, y b) **de conformidad con los artículos 1023 y 1024 del Código de Comercio, que son las reglas jurídicas que solucionan el caso, tanto el remitente como el destinatario, están legitimados, pero sus derechos no concomitan en el tiempo ni pueden hacerse valer simultáneamente, por cuanto el estudio de este presupuesto material no se puede desvincular del factor tempore espacial que es peculiar al contrato de transporte,**

que al fin de cuentas consiste en conducir cosas o personas de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, esto es, desplazar las cosas acarreadas del sitio donde las entrega el remitente al lugar del destinatario. De ahí que con contundencia el inciso final del artículo 1023 consagre que “El derecho del remitente cesa en el momento que comience el del destinatario, conforme al artículo 1024”, para seguidamente agregar que “si el destinatario rehúsa la mercancía, o si no es hallado, el remitente recobra su derecho de disposición”.

Colígese de lo expuesto, que en principio el remitente es acreedor del transporte en su fase constitutiva y el destinatario en la ejecutiva. De ahí que el “precio o flete del transporte y demás gastos que ocasione la cosa con motivo de su conducción o hasta el momento de su entrega son de cargo del remitente” (artículo 1009 del Código de Comercio). Por igual razón, el artículo 1023 ejúsdem, le reconoce al remitente el derecho “a disponer de la mercancía, sea retirándola del sitio de partida o del de destino, sea deteniéndola durante la ruta, sea disponiendo su entrega en el lugar de destino o durante la ruta a persona distinta del destinatario designado en la carta de porte, el conocimiento de embarque o la remesa terrestre de carga o sea solicitando su retorno al sitio de partida, siempre que el ejercicio de tal derecho no ocasione perjuicio al transportador ni a otros remitentes y con la obligación de reembolsar los gastos que motive”.

Pues bien, como se había expresado con el inciso final del artículo 1023, los derechos del remitente cesan cuando comienzan los del destinatario, es decir, cuando el primero pierde el poder efectivo y de disposición de las cosas transportadas. Ahora, responder cuando se da esa mutación es otro mojón argumentativo que aproxima a la definición.

Al tenor de la parte final del artículo 1023, los derechos del destinatario nacen, salvo en los casos indicados en este mismo texto, conforme al artículo 1024, o sea “desde la llegada de la mercancía al punto de destino”, pudiendo entonces “solicitar al transportador que le entregue la mercancía”, previo cumplimiento de las obligaciones que la misma ley señala.

De suerte que en un desarrollo normal del contrato, en tanto no se presenten contraórdenes del remitente, como las previstas por el artículo 1023, el destinatario recepciona el derecho de disposición y con él las facultades anejas “desde la llegada de la mercancía al punto de destino”. Sin embargo, como lo reseña el inciso final del artículo 1023, si el destinatario rehúsa la mercancía, o si no es hallado, el remitente recobra su derecho de disposición.

No empece lo expuesto, que se compadece con la normal ejecución del contrato, según se anotó, “el destinatario queda autorizado a hacer valer con relación al transportador los derechos resultantes del contrato de transporte”, entre ellos deducirle responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones, “Si se reconociere por el transportador que la mercancía ha sufrido extravío o si a la expiración de un plazo de siete días a partir del día en que haya debido llegar, la mercancía aún no hubiere llegado...” (artículo 1024 inciso 3º), y en tanto el remitente no hubiese ejercido con antelación alguna de las facultades que del derecho de disposición dimanaban y que reconoce el artículo 1023.

Recapitulando se pudiera concluir que tanto el remitente como el destinatario están legitimados para hacer valer los derechos derivados del contrato, pero no al mismo tiempo o simultáneamente, por cuanto no concurren en la legitimación, ya que los derechos del remitente cesan cuando comienzan los del destinatario en los términos descritos por el artículo 1024, así:

- a) Si existe carta de porte la legitimación estará en cabeza de su tenedor legítimo (artículo 1020 Código de Comercio).
- b) Si el destinatario no ha aceptado el contrato, el legitimado será el remitente.
- c) Si el destinatario aceptó el contrato, la legitimación del remitente subsistirá hasta la “llegada de la mercancía al punto de destino”, que es cuando nacen los derechos del destinatario, y por ende su legitimación, salvo que rehúse la mercancía o no sea hallado, caso en el cual “el remitente recobrará su derecho de disposición”, y claro está, la legitimación para pretender la indemnización (artículos 1023 inciso 4º y 1024 inciso 1º).
- d) Si el transportador reconociere que la mercancía ha sufrido extravío o si a la expiración de un plazo de siete días a partir del día en que haya debido llegar, la mercancía no hubiere llegado, la legitimación para pretender la indemnización de los perjuicios sufridos por causa del incumplimiento del contrato de transporte, estará en el destinatario, pues según el inciso final del artículo 1024, cualquiera de las circunstancias indicadas, le otorga a éste la autorización “para hacer valer con relación al transportador los derechos resultantes del contrato de transporte”, por supuesto de manera preferente sobre la legitimación del remitente, porque frente a éste sigue teniendo vigencia la legitimación que dimana de ser titular de los derechos derivados del contrato hasta “la llegada de la mercancía al punto de destino”, que es cuando normalmente comienza “el derecho” “del destinatario”. Como el decreto 01 de 1990, dejó vigente el inciso final del artículo 1024, la anterior jurisprudencia debe precisarse para dejar por sentado, como antes se explicó que a propósito de las circunstancias allí previstas (reconocimiento de la pérdida de la mercancía por el transportador o expiración del término, sin que hubiere llegado la mercancía), surge para el destinatario una legitimación excluyente de la del remitente, para el evento en que aquél formule la pretensión indemnizatoria correspondiente. Por consiguiente, así en abstracto y dentro del marco excepcional establecido por el inciso último del artículo 1024, se pueda predicar legitimación por parte de remitente y destinatario, lo cierto es que en concreto la del primero debe ceder ante la del segundo, porque los derechos no concurren, así ambos sean, o puedan ser partes del mismo contrato.

Así las cosas, como Alcargo Ltda. carecía de legitimación, pues dada una de las circunstancias del artículo 1024 inciso último, el destinatario que había aceptado el contrato se legitimó e hizo valer la pretensión correspondiente, entonces la sociedad remitente por no tener legitimación no podía aspirar a una eficaz intervención litisconsorcial, para sostener la misma pretensión del destinatario, no otra, porque este tipo de intervención la condiciona el inciso 3º del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, según quedó analizado, a que los terceros estuvieran “legitimados para demandar o ser demandados en el proceso”, y en concreto, como también se dijo, el remitente ya no tenía esa legitimación, por la exclusión que de él hizo el destinatario. Desde luego que igualmente carecía de legitimación para presentarse como parte demandante que fue lo que en efecto se propuso cuando se reformó la demanda.

Descartado el yerro jurídico del Tribunal como consecuencia de la inteligencia dada a los artículos 1023 y 1024, pues fue frente a su tenor, con independencia de cualquier consideración fáctica, que entendió que los derechos del remitente son excluyentes de los del destinatario, puesto que los del primero cesan en el momento en que comienzan los del segundo, sin que en modo alguno se pueda predicar solidaridad activa entre ellos y mucho menos que el transportador pueda responder frente a los dos, amén de entender que el inciso 3º del artículo 1024, consagra un derecho preferencial, y por ende la

legitimación activa para el destinatario, la Sala se estima relevada de asumir el análisis de este mismo sector del cargo segundo, no sólo porque el alegado error in judicando no surgió como consecuencia de yerros probatorios, como antes se dijo, sino porque definitivamente el planteamiento simultáneo por vía directa e indirecta, comporta una incompatibilidad lógica inadmisibles, razón por la cual, la Corte acudiendo al artículo 51 numeral 4 del decreto 2651 de 1991, hoy legislación permanente por virtud de lo consagrado por el artículo 162 de la ley 446 de 1998, opta por resolver la parte pertinente del primer cargo, por ser ésta la adecuada con la sentencia impugnada, como lo hará a propósito de las otras fracciones de los cargos, hasta donde lo permitan los demás defectos técnicos.

Y así frente al segundo cargo, sentó la Corte el desacierto del casacionista al esgrimir su ataque en la forma en que lo hizo, ya que tendría que haber acusado al Tribunal de haber incurrido en error de hecho, pues siendo las dos clases de yerros de naturaleza disímil y hasta contradictoria, no está permitido sustentar el uno con los supuestos del otro, ni a la Corte corregir oficiosamente la acusación planteada incorrectamente, dado el carácter esencialmente formalista y dispositivo del recurso.

Ya en lo tocante al cargo primero en lo atinente a la acusación dirigida a cuestionar la absolución que hiciera el Tribunal frente a las Compañías llamadas en garantía, advierte la Corte que la sentencia recurrida en casación no incurrió en los yerros que predica el censor, pues la suerte de las aseguradoras no podía ser distinta a la que dedujo el Tribunal.

Frente a Seguros Caribe S.A., llamada en garantía por la sociedad transportadora demandada, descarto cualquier error atribuible a la decisión del Tribunal al disponer su absolución como consecuencia lógica y legal de la exoneración del llamante, esto es, por sustracción de materia se enerva el pronunciamiento eventual frente a la obligación de garantía.

En lo que atañe a Colseguros, convocada al proceso como llamada en garantía de la demandante, deja claro que sólo en el evento de resultar adversa la sentencia a la pretensión del demandante frente al demandado, se abre la posibilidad de examinar la pretensión revérsica e in eventum. Sin embargo, frente a la absolución que se hiciera a Colseguros S.A., al declararse probada la excepción de **“Trayecto asegurado cumplido”**, la Corte descarto errores en el raciocinio del Tribunal, por lo menos con el carácter de manifiestos, que para efectos del recurso de casación se precisa, porque no necesariamente la pretensión de regresión, que es la que se formula contra el llamado, debe tener éxito por el hecho de que el llamante haya obtenido una sentencia adversa, advirtiendo que las relaciones sustanciales que subyacen a las pretensiones de las partes y de una de éstas con el tercero llamado, son distintas, y es en el marco de cada una de ellas donde se debe verificar las condiciones de éxito de las correspondientes pretensiones, que fue lo realizado por el Tribunal cuando reconoció la excepción que se controvierte, para lo cual se detuvo en el contrato de seguro celebrado entre las partes y particularmente en el estudio de la póliza que lo perfeccionó, para a partir de ella concluir que era evidente que en este caso **“no determinaron como cubierto el riesgo que pesaba sobre la mercancía durante el trayecto Bogotá Bucaramanga**, cuyo acarreo se haría por tierra”, pues echó de menos un tercer certificado de seguros que así lo especificara, y aunque la Corte no halla razonada la valoración del Tribunal del escrutinio de las probanzas no encuentra mérito para cambiar lo decidido en este sentido.

1.2.- EVALUACION CRÍTICA.

Resulta acertada la decisión de la Corte, surgida del magistral análisis que hace la figura litisconsorcial intentada en el caso, y el prístino sentido y alcance que da a las disposiciones contenidas en los artículos 1023 y 1024 del C. de Comercio, haciendo un juicioso estudio del presupuesto procesal de la pretensión de legitimación en causa, para a partir de dichos preceptos, establecer que en tratándose el contrato de transporte, la legitimación que se radica en el destinatario, una vez acepta el contrato y por ende entra a hacer parte del mismo, y ante el concreto evento del extravío de la mercancía aceptado por el transportador, es ya un *legitimatio* excluyente de la del remitente, salvo que éste haya accionado con antelación.

Y es que si se analiza la dinámica del contrato en comento, cuyo ciclo normal culmina en el destinatario, cuando lo ha aceptado, recobrando ahí su derecho de disposición y con él las demás atribuciones que le son ajenas, deviene lógica y consecuente la decisión adoptada, como quiera que no pueden coexistir ya dos intereses, que si bien no se oponen si son deslindables cuando son diferentes las personas que ocupan las respectivas posiciones de remitente y destinatario, amén la claridad del precepto legal que así lo dispone.

La intervención litisconsorcial activa que en sede de reforma a la demanda hiciera el remitente **ALCARGO LTDA**, se halló desprovista de legitimación en causa, al no haber estado facultado como tercero para incoar la pretensión y por la exclusión de que se hace posible por la intervención del destinatario.

E diáfano el análisis de la Honorable Corte el concluir que "...tanto el remitente como el destinatario están legitimados para hacer valer los derechos derivados del contrato, pero no al mismo tiempo o simultáneamente, por cuanto no concurren en la legitimación, ya que los derechos del remitente cesan cuando comienzan los del destinatario en los términos descritos por el artículo 1024 del Código de Comercio...".

El hecho que dio lugar al incumplimiento del contrato por parte del transportador, se acreditó como constitutivo de **fuerza mayor** y por ende le liberó de responsabilidad teniendo en cuenta que le resultaba imposible exigirle al conductor del camión que desatendiese la orden de una autoridad de tránsito (policía de carreteras o agente de tránsito), que conforme con la apariencia lo era, tratándose en realidad de un asalto de bandidos, y por ende la conclusión respecto de la irresistibilidad. E igualmente concluyó la Honorable Corte que de entrada se excluía la posibilidad del ataque por la vía directa, por cuanto la conclusión del Tribunal no fue estrictamente jurídica, sino que surgió del acervo probatorio.

Respecto de las causales de Casación se dice que hay infracción por vía indirecta, y por ende se puede atacar una sentencia cuando entre la sentencia acusada y la ley sustancial hay de por medio un problema probatorio por los posibles yerros en que haya incurrido el sentenciador al dejar sentadas las proposiciones fácticas que encontró demostradas referidas al error de hecho y al error de derecho en la apreciación de las pruebas. El error de hecho se puede dar por dos motivos o razones fundamentales:

a) Por no dar por probado un hecho, estándolo, ó

b) Por tener un hecho por establecido, sin que sea así

Estas circunstancias ocurren por la mala apreciación o la falta de apreciación de la prueba considerada en sí misma y no con relación a las normas que la reglamentan lo que trae como consecuencia la violación de la ley sustancial, ese error requiere, ser ostensible y manifiesto.

Ya el error de derecho se presenta cuando se da por probado un hecho sin la prueba requerida o cuando no se da por probado el hecho, estando la prueba solemne en el expediente, lo que equivale a decir que es un error en que incurre el juez y que recae en la valoración de las pruebas, violando así, indirectamente la ley sustancial y que recae en las pruebas *ad substantiam actus* que son aquellas que solo ellas pueden probar un determinado hecho, deben constar siempre por escrito y solo pueden probarse documentalmente. Igual que sucede en el error de hecho, el derecho también requiere que sea manifiesto y ostensible.

Por último, en cuanto a lo decidido respecto de los llamamientos en garantía, hay que tener sentado de entrada, conforme con lo previsto en el artículo 57 del Estatuto Procesal Civil, que este es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal o contractual de garantía que lo obliga a indemnizarle al citante el “perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia” que se dicte en el proceso que genera el llamamiento, llamamiento que se basa en el principio de la economía, lo cual deriva en que el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago, y por ello Seguros Caribe S.A., que fuera llamada en garantía por la sociedad transportadora demandada, resultó absuelta como consecuencia de la exoneración de la transportadora en virtud de la declaración de la fuerza mayor, y por ende la Corte consideró que no existía yerro en la decisión adoptada por el tribunal pues la aseguradora llegó al proceso citada por la parte demandada, y por ende el examen de las pretensiones no podía ser otro que el realizado por el ad quem, pues la suerte del llamado está condicionada o subordinada al éxito que tuvieran las pretensiones del demandante en este caso.

Respecto a la posición de Colseguros S.A., desde el punto de vista procesal, es exactamente igual a la de Seguros Caribe S.A., pues aunque esta llega al proceso como llamada en garantía por la parte demandante, la pretensión que contra ella se propone es igualmente de regreso y por ende eventual, puesto que se subordina al resultado de la pretensión principal y directa que contra el transportador se planteó y teniendo en cuenta que los resultados de la demanda no le fueron adversos a su citante, se debe atender a la misma razón para decidir. En todo caso las relaciones sustanciales que subyacen entre las partes son totalmente distintas, una en virtud de un contrato de transporte y la otra en razón del contrato de seguro, lo que deriva en unas condiciones claras y definidas legalmente que pueden llegar a presentarse dentro del devenir fáctico, y por ende al Almacén siempre le quedan las vías para accionar en frente de una o de otra, pero en principio es claro que dentro del caso en concreto, la decisión no podía ser otra que la adoptada por el Tribunal conforme con la posición que tenía la aseguradora en el proceso, y más cuando efectivamente la razón de sus defensas fueron acogidas en razón de la excepción de “Trayecto asegurado cumplido”, por ende el tema de la relación sustancial entre el Almacén y su aseguradora si fue tratado y decidido conforme con las disposiciones contractuales aludidas.

2.- SEGUNDA SENTENCIA

PRESUNCION LEGAL ESTBLECIDA EN EL ARTICULO 1040 DEL CODIGO DE COMERCIO

Magistrado ponente: José Fernando Ramírez Gómez

Expediente : C - 6754

FECHA : 12 de Diciembre de 2002

Demandante : Horacio Patiño Franco

Demandadas : Seguros del Estado S.A.

2.1.- A) RELACION DE LOS HECHOS.

1. El señor Horacio Patiño Franco, como tomador, contrató póliza de transporte de mercancía con la Compañía Seguros del Estado S.A.

2. Previo al otorgamiento de la Póliza se firmó solicitud por parte del tomador Horacio Patiño Franco, identificando al señor Oscar Patiño Franco (demandante), como asegurado y beneficiario, titular del interés asegurable por ser propietario de la mercancía objeto de aseguramiento, quien por demás canceló el valor de la prima.

3. La póliza contratada no fue diligenciada por parte del intermediario conforme a las instrucciones previas para su otorgamiento, signando como tomador, asegurado y beneficiario al señor Horacio Patiño Franco.

4. Se evidenció el acaecimiento del riesgo asegurado y la cuantía del mismo no fue objeto de reparo.

5. Seguros del Estado S.A., objetó la reclamación del demandante argumentando no fungir como beneficiario y hace lo propio frente a la posterior reclamación elevada por quien fue registrado en la póliza como tal, so pretexto de no concurrir en él el interés asegurable.

B) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO.

¿La presunción establecida en el artículo 1040 del Código de comercio es de Hecho o de derecho?

C) RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA.

En primera instancia se condenó a la demandada a pagar al demandante la suma de \$113.550.156.00, luego de efectuar el deducible del 10% pactado, sin indexación, pero con intereses moratorios desde el mes siguiente a la ejecutoria del fallo, ya en segunda instancia se revoca la sentencia apelada **por falta de legitimación en causa del actor**, y en se de casación se **CASA** la sentencia de 27 de mayo de 1997, proferida por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario de OSCAR PATIÑO FRANCO contra SEGUROS DEL ESTADO S. A., y actuando en sede de instancia, CONFIRMA la sentencia apelada, con la única modificación de que los intereses moratorios sobre el valor de la indemnización, deben liquidarse a las tasas que registren los distintos períodos, a partir del 27 de junio de 1995

D) FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL.

Identificó que el tema de las presunciones tenía en el proceso “*gran trascendencia*”, porque con base en las mismas y por interpretación del artículo 1040 del Código de Comercio, el juzgado concluyó que “*a pesar de que la póliza no dijera*” que el seguro se contrató por “*cuenta de un tercero*”, podía presentarse la prueba en ese sentido, por cuanto la presunción que consagra el precepto es legal y no de derecho.

Luego de precisar que no es necesario que el legislador emplee expresiones tales como “*se presume de derecho*”, “*no se admitirá otra prueba*”, para que la presunción sea “*jurist et de jure*”, el Tribunal señaló, en aplicación de la norma citada, que “*salvo que en la póliza no se diga en forma expresa que el contrato que ella representa lo es por ‘cuenta de un tercero’, se presume en forma legal...que dicho contrato le corresponde al que lo contrató. Pero si expresamente se indica en la póliza que el ‘contrato es por cuenta’, no se admite prueba en contrario*”.

Lo anterior porque de acuerdo con doctrina que cita, el precepto en cuestión omitió del artículo 643, inciso 2º del anterior Código de Comercio, únicamente la expresión “*se entiende que...*”, circunstancia que permitía interpretar en ese entonces la presunción como “*legal*”.

Que Esa supresión indudablemente tuvo que traer como consecuencias jurídicas, que hoy el “*seguro no se ‘entiende’, no se ‘presume’, sino que es por ‘cuenta propia’, si la póliza no expresa que es por cuenta de ‘un tercero’*”. De ahí que el contrato tenga que expresar la “*calidad en que actúe el tomador del seguro*” (artículo 1047, numeral 4º del Código de Comercio).

Concluye entonces, que como el “*demandante no aparece vinculado en forma alguna con el contrato de seguro*” y como “*tampoco es viable presumirlo como tal según las voces del artículo 1040 del Código de Comercio*”, tenía que revocarse la sentencia apelada por falta de legitimación en causa del actor.

E) RECURSO DE CASACION.

CARGO PRIMERO. (UNICO ESTUDIADO POR LA CORTE)

Se denuncia la violación directa de los artículos 66 del Código Civil, 1036, 1037, 1039, 1040 y 1045 a 1047 del Código de Comercio. Se indica que como las normas que contemplan las presunciones de derecho son de aplicación e interpretación restrictiva, es claro que no se puede proclamar la existencia de una presunción de esa naturaleza, “*por simple interpretación analógica o doctrinaria*”, precisando así que la presunción contenida en el artículo 1040 del C. de Co admite prueba en contrario.

Afirma que como se acreditó en el proceso, el seguro se contrató “*por cuenta de un*

tercero", donde Horacio Patiño Franco, es el tomador, en tanto que Oscar Patiño Franco, el demandante, es el "asegurado y beneficiario, como propietario... acreditado de la mercancía objeto del contrato de seguro de transporte".

Memorando las pruebas obrantes como antecedentes a la celebración del contrato, indica que si bien el contrato de seguro es solemne no puede aplicarse el texto de la póliza como absoluto, pues si el "*cumplimiento de la solemnidad le está asignada a uno solo de los contratantes, esto es a la Compañía, no puede derivarse efectos nocivos para la parte que no intervino en la elaboración del documento*", menos cuando el "asegurador tenía elementos suficientes para elaborar correctamente la póliza y no lo hizo".

Reseña los motivos de objeción por parte de la aseguradora, que al reclamar Oscar Patiño Franco, argumentó que la calidad de "tomador, asegurado y beneficiario de dicha póliza" la tenía "exclusivamente Horacio Patiño Franco" y el reclamar éste objetó por la "falta de interés asegurable, teniendo en cuenta que la mercancía objeto del transporte, no era de su propiedad, ni el traslado de la misma fue contratado por usted", destacando la mala fe de la aseguradora puesto que "de antemano sabía que en cualquiera de las dos hipótesis de reclamación, es decir, que reclamara Horacio u Oscar, habría según su entender motivos para objetar el pago de la indemnización", lo que atenta contra las elementales reglas sobre la formación e interpretación de los contratos, dado que por antecedentes que nombra, la sociedad demandada pretende modificar la naturaleza y los elementos del contrato para desplazar las obligaciones únicamente al demandante y recibir en cambio utilidad sin contraprestación alguna, evidenciando aun mas su mala fe.

F) CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Limita su análisis al estudio del artículo 1040 del Código de Comercio y precisa que como el sentenciador entendió que dicho precepto consagraba una presunción de derecho, se propone definir el alcance que entrañan las presunciones tanto de derecho como legales, precisando que las presunciones en general son juicios lógicos mediante los cuales, de un hecho de antemano reconocido como cierto, se deduce otro hecho desconocido. Dedución que es segura tratándose de las presunciones de derecho que son las creadas por la ley, porque cuando se establecen es el propio legislador el que deduce las consecuencias.

Que la diferencia entre una y otra presunción, estriba en que las de derecho no admiten prueba en contrario por fundarse en basamento sólidos e incontestables, en tanto que las *iuris tantum* o simplemente leales sí. Y así, si las presunciones creadas por ley son de derecho estricto al intérprete le está vedado deducir consecuencias que el legislador no ha previsto en una norma, porque si lo hace estaría imponiendo una sanción con desconocimiento de caros principios como el de legalidad.

Colige entonces la Corte que el tribunal incurrió en el error de interpretación que el cargo atribuye, por cuanto el artículo 1040 del Código de Comercio al declarar que "EL seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero", no consagra una presunción de derecho, pues para que lo fuera, el legislador debió decir expresamente que "se presume de derecho" que el "seguro corresponde al que lo ha contratado (...)"

Con mención a los antecedentes normativos, precisa la Corte que aunque el Código de

Comercio de 1971 mantuvo el carácter “solemne” del contrato de seguro, hasta la expedición de la Ley 389 de 1997, es erróneo sostener que el artículo 1040 consagra una presunción de derecho, simplemente por eliminar la expresión “se entiende” de la legislación anterior o por no acoger la acepción “se presume” del proyecto de 1958, dado que una presunción de ese talante exige mención expresa de la ley, y porque sin paramientos en si el contrato es “solemne” o “consensual” la tendencia ha sido distinta a la de consagrar una presunción de derecho, aun en el contexto de la cita doctrinaria dada por el censor.

Concluye la Corte, que si el seguro por cuenta ajena en manera alguna se presume, esto no significa que no se pueda probar un acuerdo en contrario de las partes, ratificando posiciones ya adoptadas en tal sentido, precisando que el error del tribunal no se presenta por haber concluido que el *“demandante no aparece vinculado en forma alguna con el contrato de seguro que se ha pretendido hacer valer en el plenario”*, porque esto es cierto, sino por afirmar que *“tampoco”* era *“viable presumirlo como tal según las voces del artículo 1040 del Código de Comercio”*, pues como lo había explicado *“atrás”*, *“la doctrina ha dicho que tal precepto consagra una presunción de derecho”*. Que tal error produjo la inaplicación de las normas del Código de Comercio citada, abriéndose pago el cargo.

Finalmente procede la Corte a emitir sentencia sustitutiva, dejando sentado, que es posible demostrar, no obstante el contenido literal de la póliza, que el seguro no corresponde al que lo contrató, sino a un tercero. Y vislumbra en el caso que sólo por error u omisión no se dijo en aquélla que el seguro era por cuenta ajena, según los acuerdos o conversaciones previos a su expedición, en el proceso existen suficientes elementos de juicio que conducen a esa conclusión.

Con las probanzas obrantes y debidamente escrutadas, provee en los términos sentados ya en el respectivo acápite.

2.2.- EVALUACION CRÍTICA.

Se destaca el acierto de la Corte en el argumento traído a la decisión, por cuanto fija el verdadero alcance de la presunción establecida en el artículo 1040 del Código de Comercio, precisando su talante de presunción legal o *juris et de jure*, para destacar que sólo la expresa consagración de que la presunción de que se trate sea de derecho da lugar a que se impriman los efectos que supone, dados en que no admiten prueba en contrario, por fundarse en basamentos sólidos e incontestables y quien a ella se oponga deberá acreditar la inexistencia de aquellos antecedentes o circunstancias que dieron lugar a la inferencia del hecho.

Descuella la decisión, en la atinada interpretación que hace del contrato in concreto, echando mano de todos los antecedentes que lo rodearon y la debida valoración de las pruebas para arribar a la conclusión.

La Honorable Corte centró su decisión en analizar si la aseguradora, al expedir la póliza, incurrió en **“error”** al no **“registrar”** al tomador como **“asegurado-beneficiario”**, según se había convenido en las negociaciones preliminares y decidió que por hechos *“imputables a la aseguradora”*, *“la póliza fue erróneamente expedida”*, y para llegar a esa conclusión manifestó que era posible demostrar, no obstante el contenido literal de la póliza, que el seguro no corresponde al que lo contrató, sino a un tercero, sólo que por

error u omisión no se dijo en aquélla que el seguro era por cuenta ajena, según los acuerdos o conversaciones previos a su expedición. Para llegar a esta conclusión se tomó como base en el material probatorio arrimado al proceso, tales como la confesión del demandante, que nunca se desvirtuó, y en igual sentido declaró el representante de la agencia de seguros quién manifestó que la solicitud sí se firmó, aunque no recordaba “*sí...por él*”, el tomador, o “*directamente por mí*”, pero la evidencia era diferente por que la que obraba en el proceso no aparecía firmada por nadie.

Fue fundamental para la Corte la declaración rendida por Clara Inés Arango de Meza, esposa del tomador, quién depuso sobre las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrió la entrega de la póliza, quien entre otras cosas ratificó que al intermediario se le reclamó sobre que no había sido expedida conforme a las conversaciones previas, contestando que eso no tenía importancia, por lo que se le restó credibilidad al testimonio rendido por el intermediario, lo que en últimas determinó el objeto preciso y directo del proceso que no es otro que precisar el interés asegurado de ese tercero por cuenta de quien se estipuló y quién, reiterando además lo decidido la Corte en el sentido de que no tenía la necesidad de vincularse como parte al tomador.

En cuanto al concepto de las presunciones, es claro que los seres humanos en su diario vivir reciben una serie de percepciones, las cuales, en la medida que sean repetitivas, sientan unas reglas que sirven de soporte a un juicio y le indican que un mismo hecho o circunstancia produce una determinada consecuencia o, viceversa, que determinado hecho se origina en una misma causa, y esa regla, se denomina, la experiencia, que le permite hacerse un juicio y conocer de antemano la causa o efecto de un hecho. Esos juicios previos o presupuestos son las presunciones. Por esto, en su acepción corriente, la presunción es dar por cierto algo.

La sentencia fue diáfana en la clasificación y en la definición de estas, pero fue mas afortunada cuando indicó que la presunción establecida en el artículo 1020 del Código de Comercio era de aquellas que podrían desvirtuarse y con base en las probanzas antes mencionadas determinó que el seguro fue efectivamente tomado a favor de un tercero.

2.- TERCERA SENTENCIA

SUBROGACION CONTEMPLADA EN EL ART. 1096 DEL C. DE COM SEGURO DE TRANSPORTE DECLARACION DE LA CAUSA EXTRAÑA COMO EXONERACIÓN

Corte Suprema de Justicia

Magistrado ponente : WILLIAM NAMEN VARGAS

Expediente : 11001-3103-020-1999-01098-01

FECHA : Junio 24 de 2009 **NO CASO SENTENCIA**

Demandante : Compañía Suramericana de seguros S.A.

Demandada : Transportes San Marcos Ltda.

3.1.- A) HECHOS:

1) La empresa Expocafé amparó los envíos de café excelso en recorridos desde cualquier lugar del país hasta los puertos nacionales en condiciones FOB, por un valor total de \$2.425.360.000,00.

2) El asegurado de la entidad demandante remitió mil sacos de café en cuatro lotes de doscientos cincuenta, en el trayecto Picalaña-Ibagué-Buenaventura con destino final Holanda y Japón, mercancía transportada por la empresa demandada en dos camiones con quinientos bultos cada uno, los cuales salieron en caravana el 17 de julio de 1997 con un tercer camión escoltados por una motocicleta y un coche de la empresa de vigilancia contratada por la exportadora.

3) Durante el recorrido se descompuso uno de los carros y su reparación fue lenta, ocasionando retraso y la disgregación del grupo y como tal de la caravana. Luego de esto se presentó el hurto de dos camiones y de la carga, ilícito determinante de la responsabilidad de la demandada conforme con las pretensiones de la parte actora por el retardo en el inicio del viaje, la falta de revisión oportuna, la selección de tractocamiones y conductores, además por no acatar las recomendaciones de los escoltas.

4) El 13 de enero de 1998, previa comprobación de los requisitos legales y contractuales, la demandante pagó \$216.000.000 por el siniestro cuyo costo ascendió a \$320.000.000.

5) La entidad demandada **Transportes San Marcos Ltda.** se opuso a las pretensiones, formuló las denominadas excepciones de **“inoperancia de la subrogación e inexistencia de la obligación de pagar (...)”**, **“fuerza mayor, caso fortuito y causa extraña”** y **prescripción**.

6) Los hechos sucedieron el día **18 de julio de 1997**, donde fueron asaltados y reducidos a impotencia de los dos escoltas que viajaban en la camioneta Luv, cuando seguían de cerca a los tractocamiones, quedando los conductores a merced de los piratas terrestres, quienes se apoderaron del cargamento, en una hora dentro del límite establecido en la póliza, resaltando que no obstante las medidas de seguridad adoptadas por la dueña de la

carga y la transportadora, **quedó en evidencia el acaecimiento de un hecho imprevisto e imposible de resistir**, por cuanto ante la presencia de varios asaltantes movilizados en motocicletas y fuertemente armados, nada pudieron hacer los guardas ni menos los conductores, aconteciendo la fuerza mayor alegada por la demandada, a quien **se le exoneró dada la causa extraña o fuerza mayor que impidió cumplir lo pactado**, al concurrir a plenitud sus elementos integradores, esto es, “a) que no sea imputable al obligado, b) que entre el hecho constitutivo de la fuerza mayor y la inobservancia de la obligación o de la carga exista un nexo causal, c) que el hecho sea irresistible, d) que el hecho sea imprevisto”.

B) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Conforme con las condiciones especiales del transporte se cumplió a cabalidad con los presupuestos establecidos en el artículo 992 del Código de Comercio?

C) RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El fallo primera instancia **desestimó pretensiones de la demanda, y en segunda instancia la sala civil y de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** (en descongestión) en fecha 29 de junio de 2007, **confirmó** la decisión del Ad quem determinando la exoneración de la transportadora dada la causa extraña o fuerza mayor que impidió cumplir lo pactado, para luego en sede de **casación** determinar no casar la sentencia.

D) FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

El fallo el Tribunal se refirió expresamente a la normatividad y doctrina relacionada con los presupuestos de la subrogación del asegurador, las obligaciones del transportador, las consecuencias de su incumplimiento y su exoneración, precisando el concepto de fuerza mayor o caso fortuito al tenor del artículo 1º de la Ley 95 de 1890.

Determinó una a una las pruebas allegadas por las partes, acreditando la existencia del seguro de transporte, el contrato de transporte, la ocurrencia del siniestro y el pago de la aseguradora por el hurto generándose la subrogación del asegurador establecida en el artículo 1096 del Código de Comercio.

Sobre las circunstancias de la ocurrencia del siniestro, deduce, luego de la apreciación conjunta de las pruebas y especialmente la testimonial que quedó en evidencia el acaecimiento de un hecho imprevisto e imposible de resistir, por cuanto ante la presencia de varios asaltantes movilizados en motocicletas y fuertemente armados, nada pudieron hacer los guardas ni menos los conductores, **aconteciendo la fuerza mayor alegada por la demandada**, y que las alegaciones de la actora “fundadas en irregularidades derivadas del adelantamiento del vehículo que llevaba menos carga, como de la lentitud de las tractomulas atracadas, propiciadas por fallas mecánicas y la actitud de los conductores” no fueron en realidad la causa de los hechos, no sólo por ausencia de prueba, sino porque las demoras se dieron por situaciones corrientes en este tipo de viajes,

Concluye sobre la imposibilidad de imputar a la transportadora el incumplimiento del

contrato, y se le exoneró dada la causa extraña o fuerza mayor que impidió cumplir lo pactado, concluyendo que concurrieron a plenitud sus elementos integradores, esto es, "a) que no sea imputable al obligado, b) que entre el hecho constitutivo de la fuerza mayor y la inobservancia de la obligación o de la carga exista un nexo causal, c) que el hecho sea irresistible, d) que el hecho sea imprevisto". Por lo que el Ad quem, compartió los razonamientos del a quo para declarar no probadas las demás excepciones de mérito y denegar las pretensiones de la demanda.

E) RECURSO DE CASACION

Ante la honorable Corte Suprema de Justicia se formulan **dos cargos** por la impugnante por la primera causal de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, manifestando que se presentó violación indirecta por aplicación indebida del inciso 1º del artículo 992 del Código de Comercio y del artículo 1º de la Ley 95 de 1890 e inaplicación de los artículos 982, 1030, 1031, 1072, 1077, 1080, 1096, 1118 y 1120 del Código de Comercio, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas y enuncia que las pruebas fueron erróneamente apreciadas por el **Ad quem**, por no percatar que el fraccionamiento de la caravana, constituye una culpa incompatible con la causa extraña, clarísima a la vista del juez, pasando a resumir los pilares de la sentencia, las exigencias para el éxito del ataque por la vía indirecta y a precisar que no ataca "*la imprevisibilidad del atraco ni la irresistibilidad*", sino exclusivamente el elemento "*ausencia de culpa relevante del deudor, o ausencia de culpa con incidencia causal*", de donde en lo tocante con la demostración del error, advierte que la culpa relevante no conlleva a predicar la negligencia *in tutto*, pero que una sola culpa, si es clara y relevante, impide la configuración de la causa extraña.

Indica además conforme con algunas declaraciones que se presentó un retraso al salir, las varias llamadas de un conductor desde teléfonos fijos, la avería de un vehículo y la "*llanta pinchada que fue montada en Boquerón*", haciendo ver todos los deponentes que los camiones debían ir en caravana, pero el conductor del camión más nuevo y liviano la desintegró al adelantarse y con ello fragmentó los recursos dispuestos para la seguridad, porque el vigía que acompañaba al desertor llevaba un revolver 38 largo con 12 tiros; del testimonio rendido por Nelson Marín Lozano, funcionario de Expocafé, destaca la importancia del desplazamiento unido de los camiones, medida desatendida por el transportador y acerca de la cual no se pronunció el Tribunal; del interrogatorio del representante legal de la demandada, encuentra la explicación de la incidencia causal de la separación de los carros en la ocurrencia del siniestro, al confesar que la permanencia del automotor con menos carga en la caravana habría dificultado la acción de los delincuentes, "*porque no he conocido el primer caso en que se hayan hurtado tres vehículos en el mismo momento y en el mismo hecho*"; de las denuncias formuladas por los conductores Rodolfo Moreno y Hernando Durán, deriva la intención del tercer chofer de adelantarse a los demás y que tal situación fue cosa de los escoltas, según lo manifestó el segundo, concluyendo que los tres vehículos debían andar juntos, lo que no ocurrió porque uno de ellos avanzó con el escolta de la moto, lo cual denota la culpa grave y manifiesta del transportador, con incidencia en el atraco, siendo evidente el error del fallador; la separación de los carros es un tema pacífico en el proceso, sin existir prueba de la autonomía de los chóferes para desplazarse fuera del convoy ni tampoco de la inevitabilidad del adelantamiento.

En el segundo cargo se plantea un debate de apreciación normativa acerca del alcance dado al artículo 1º de la Ley 95 de 1890, analizando los elementos estructurales de la

fuerza mayor, sus alcances y relatividad, concluyendo que “*la fuerza mayor no responde a una clasificación preestablecida de acontecimientos, sino que por el contrario, es el resultado del análisis severo de las circunstancias de cada caso*” y censura al juzgador por desestimar la demanda al considerar que “*ciertas irregularidades (adelantamiento), no fueron la causa del hecho que impidió el cumplimiento de la obligación (atracó)*”, de donde dice, aunque la desintegración del convoy no fue la causa exclusiva o eficiente del hurto, si fue una causa relevante con incidencia en el hecho imprevisible e irresistible, cuestionamiento que, implica de suyo acudir a revisar tales eventos en aras de establecer su conexión con el resultado dañino para concluir la incidencia que pudieron o no tener en la pérdida de la carga y los vehículos.

En lo atinente a la violación de las demás normas, reprocha al sentenciador por las que no debió aplicar (inciso 1º del artículo 992 del Código de Comercio) por las que dejó de aplicar (artículos 982, 1030, 1031, 1072, 1077, 1080, 1096, 1118 y 1120 *ejusdem*), para concluir con la incidencia de la violación en el fallo y su trascendencia.

F) CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En la sentencia del Tribunal, como quedó compendiado, encontró configurada la causa extraña invocada por la demandada para exonerarse de responsabilidad por la inejecución obligatoria de las prestaciones derivadas del contrato de transporte, considerando el hecho acaecido **imprevisible, irresistible y sin culpa del transportador**, en tanto el desplazamiento de los vehículos se hizo dentro del límite de las horas acordadas, los camiones iban escoltados y se desplazaban por una vía principal de doble calzada, de donde coligió la actitud cuidadosa de la transportadora, medidas a la poste superadas por los varios asaltantes motorizados y armados, sin que el avance del tercer camión, la lentitud de los dos restantes, las fallas mecánicas y la actitud de los conductores fueran la causa del hecho, no sólo “porque no hay prueba al respecto sino porque las citadas demoras ocurrieron por circunstancias que bien pueden presentarse en este tipo de viajes”.

Por su parte, la médula del cargo, no refiere a **la irresistibilidad o previsibilidad del suceso**, sino en “*que el transportador si incurrió en culpa*”, por el fraccionamiento de la caravana, el mayor riesgo creado, la culpa gravísima incompatible con la causa extraña, cuya claridad, relevancia e incidencia causal, impide la configuración de la fuerza mayor predicada en la sentencia combatida, situación demostrada con las pruebas practicada, medios de los que derivó la desintegración intencionada de la caravana y con ello la fragmentación de los recursos destinados a la seguridad del convoy, facilitando la ocurrencia del siniestro.

En lo concerniente a este singular aspecto, el ordenamiento jurídico considerando la intensidad de la responsabilidad que gravita sobre el transportador, sólo permite la exoneración de su responsabilidad mediante la prueba plena de una causa extraña o, de un vicio propio o inherente a la cosa transportada y, en uno u otro caso, de la adopción de **todas las medidas razonables e idóneas** conforme a la profesión para la evitación o agravación del daño, desde luego que, tales hechos, en cuanto no imputables conducen a la ruptura del nexo causal y, por elemental sustracción lógica, a la ausencia de autoría.

Es oportuno resaltar acá y así reiterar, el deber del transportador como profesional de una actividad generadora de riesgos y peligros, respecto de su identificación y medición en

cada hipótesis particular, al igual que el de adoptar las medidas idóneas para evitarlos o conjurarlos según su estado, conocimiento, experiencia y el desarrollo científico o tecnológico, circunstancias todas que “*en caso de controversia, estarán sometidas, por obvias razones, a la ponderación del juzgador, conforme a los dictados del sentido común y la sana crítica*” (cas.civ. noviembre 8 de 2005, exp. 7724 [SC-274-2005]).

De las pruebas recaudadas base del ataque, en efecto, como aduce el impugnante, muestran que uno de los tres vehículos se apartó de la caravana, llevándose al escolta de la moto, quien a la postre tenía una de las dos armas destinadas para la seguridad del convoy, menguando los elementos destinados a la protección de la carga

Análogamente, después de analizar los relatos vaciados en las pruebas practicadas denotan lo envolvente del ataque, pues frente a los recursos destinados para la protección de la carga (una camioneta, una moto, dos revólveres y tres escoltas), los asaltantes los superaban ampliamente en número y elementos (tres motos, ocho personas, una camioneta, ametralladoras y/o subametralladoras), permitiendo inferir por la contundencia de la agresión que la presencia de un vigilante armado y motorizado, no sería un elemento con la fuerza suficiente para evitarla o repelerla.

Los eventos mencionados, hacen ver de modo incontestable que el Tribunal no anduvo descarriado al restarle peso al “*adelantamiento del vehículo que llevaba menos carga*”, para colegir del mismo la culpa de la demandada, porque aunque ciertamente se distrajeron componentes destinados para el resguardo de los carros, no existe un elemento probatorio contundente que infirme la razonable conclusión del *ad quem*, respecto de la ausencia de culpa del transportador en los sucesos relatados, impositivos del cumplimiento de lo pactado en el transporte del café.

Por el contrario, las probanzas apoyan acotación semejante, empezando por las sirven de respaldo al reproche de la recurrente, como acaba de verse; además, si la vigilancia de la carga era tan imprescindible como ahora se reclama, tal condición no aparece enlistada en las garantías requeridas al asegurado al suscribir la póliza (folios 2 al 13 del primer cuaderno), en tanto que no enuncia vehículos acompañantes con escoltas armados, previsión ésta que fue de la mera liberalidad de Expocafé y cuya ausencia no puede por tanto constituirse en el eje articulador para predicar la culpa de la transportadora y su incidencia en la ocurrencia del ilícito.

En fin, la disputa reducida queda a establecer si en la interpretación dada a las pruebas en lo que respecta a la separación de la caravana con su consiguiente fractura en los dispositivos de defensa de la mercancía y su incidencia en la ocurrencia del hecho punible, debe prevalecer la planteada por la impugnante, o la que esgrimió el juzgador y eso es lo que en cualquier caso impide tachar al Tribunal y emplazarlo a un escenario como el de casación, pues nada de lo que se dice en el cargo, descarta el entendimiento del *ad quem*; en últimas lo que hay acá es un juzgador autónomo en su quehacer probatorio.

Ante un panorama como el descrito, se impone concluir la razonabilidad del fallador en sus análisis y ponderaciones, de donde los reparos no son bastantes para menguarlas ante un cuadro de cosas como el advertido.

Y cuando eso sucede, bien se sabe, no hay lugar al quiebre del fallo, porque el error que en la contemplación de pruebas se abre paso es únicamente el “*que desafía en forma*

estridente el contenido de la evidencia que aquellas irradian, ya que solamente así el parecer del sentenciador, que, en el entretanto viene amparado por la presunción de acierto y de legalidad, puede tornarse permeable” (casación civil de 13 de diciembre de 2001, expediente 6775).

Total, ya se dijo, en el juzgamiento de este caso hay interpretaciones contrapuestas, y simplemente el sentenciador, dentro del ejercicio legítimo que le atañe, explanó la suya, que obviamente no recibe de muy buen grado la demandante, lo que no basta para sindicárselo de contraevidente y por ello no tiene éxito el primer cargo planteado.

Respecto al segundo cargo la acusación plantea un debate de apreciación normativa acerca del alcance dado al artículo 1º de la Ley 95 de 1890, analizando los elementos estructurales de la fuerza mayor, sus alcances y relatividad, concluyendo que *“la fuerza mayor no responde a una clasificación preestablecida de acontecimientos, sino que por el contrario, es el resultado del análisis severo de las circunstancias de cada caso”* y censura al juzgador por desestimar la demanda al considerar que *“ciertas irregularidades (adelantamiento), no fueron la causa del hecho que impidió el cumplimiento de la obligación (atracó)”*, de donde dice, aunque la desintegración del convoy no fue la causa exclusiva o eficiente del hurto, si fue una causa relievante con incidencia en el hecho imprevisible e irresistible, cuestionamiento que, implica de suyo acudir a revisar tales eventos en aras de establecer su conexión con el resultado dañino para concluir la incidencia que pudieron o no tener en la pérdida de la carga y los vehículos.

A lo anterior el Tribunal concluyó que las “irregularidades derivadas del adelantamiento del vehículo que llevaba menos carga, como de la lentitud de las dos tractomulas atracadas, propiciadas por fallas mecánicas y la actitud de los conductores” dijo que “no fueron en realidad la causa de los hechos delictivos ocurridos”, destacando frente a este abanico de posibilidades, las previsiones tomadas tanto por el transportador como por el dueño de la carga, para hacer ver que tales causas carecían de la contundencia necesaria para derribar la fuerza mayor excepcionada, es decir, no les atribuyó la relevancia e incidencia causal reclamada por la impugnante. Y por ello el segundo cargo tampoco prosperó

3.2.- EVALUACIÓN CRÍTICA.

Los planteamiento del Tribunal y que compartió la Honorable Corte Suprema de Justicia, son ajustados a una realidad que se presentó en el caso de estudio declarándose la exoneración de la responsabilidad por la presencia de una causa extraña como fue la conducta delictiva de personas que perpetraron el hurto con violencia, lo que condujo inexorablemente la in ejecución obligatoria de las prestaciones derivadas del contrato de transporte, con las características propias de imprevisibilidad, irresistibleidad **y sin culpa del transportador**, en tanto el desplazamiento de los vehículos se hizo cumpliendo con todas las medidas que a la postre fueron superadas por los asaltantes, sin que el avance del tercer camión, la lentitud de los dos restantes, las fallas mecánicas y la actitud de los conductores fueran la causa del hecho

La causa sobre la cual descansa su postura la aseguradora es la culpa grave por parte de la transportadora por haberse presentado una separación o adelantamiento de uno de los camiones y por ende la separación de la caravana pero todas las prueba fueron contundentes en cuanto a que este hecho no fue el hilo conductor para atribuirle culpa que pudiera restarle valor a la causa extraña.

Y es clara la disposición legal respecto de la responsabilidad que le atañe al transportador en tanto sus obligaciones de vigilancia y cuidado que ha de tener con respecto a las mercancías objeto del transporte, pero también lo es que el mismo estatuto mercantil indica las causas por las cuales se puede exonerar, y en todo caso debe demostrar **la adopción de todas las medidas razonables e idóneas** conforme su calidad del profesional de un actividad generadora de riesgos y peligros para evitar el daño o su agravación.

La Corte ha reiterado las condiciones para que opere la fuerza mayor y el caso fortuito en muchas de sus sentencias y para ello determina que la misma ha de estar revestida por los elementos de imprevisibilidad, irresistibilidad y en el evento en que se presente la falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia, imprudencia e inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles según la situación, posición, profesión, actividad u oficio del sujeto, comporta un escollo insalvable para estructurar la fuerza mayor cuando, por supuesto, su incidencia causal sea determinante del evento dañoso.

Ahora bien, si el trayecto estaba amparado por un seguro, la aseguradora debe de determinar claramente las garantías de manera taxativa e inequívoca, y de cumplirse tales garantías la aseguradora no podrá invocar la culpabilidad del transportador so pretexto de objetar un pago o de solicitar una indemnización por recobro de una subrogación, es decir si la transportadora observa todas las medidas que su profesión le dicta con base en las reglas de la sana lógica y la experiencia no se le podrá inculcar culpa en la ocurrencia del siniestro. Aunque es claro que no todas las garantías obedecerán a circunstancias propias de los deberes que como profesional debe observar el transportador, y en el evento de llegar a exigirse una diferente de estas, es claro que el incumplimiento de la misma dará como consecuencia la objeción, pero se reitera, estas se deben establecer en forma inequívoca, pues de lo contrario se atentaría con el principio de la seguridad.

4.- CUARTA SENTENCIA

**CONTRATO DE TRANSPORTE
OBLIGACIÓN DE RESULTADO
LEGITIMACION EN LA CAUSA
RESPONSABILIDAD DE LOS MANDATARIOS EN EL TRANSPORTE**

Magistrado ponente: Arturo Solarte Rodríguez

Expediente : 2000 - 00012

FECHA : Diciembre 16 de 2010. **CASÓ SENTENCIA**

Demandante : COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.

Demandadas : SCHENKER COLOMBIA S.A.
COOPERATIVA DE TRANSPORTES DEL ORIENTE
ANTIOQUEÑO (COOTRANSORAN)

4.1.- A.- RESEÑA:HISTÓRICA

1.- Durespo S.A. contrató los servicios de Schenker Colombia S.A. para que se encargara del manejo de la carga por ella adquirida en Alemania hasta su entrega definitiva en Medellín, razón por la cual ésta se ocupó de los trámites de importación y del transporte marítimo y terrestre de la mercancía.

2.- En desarrollo del referido negocio jurídico, Schenker Colombia S.A. contrató a la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Ltda. -Cootransoran- para el traslado de la mercancía desde Cartagena hasta Medellín, verificándose la entrega de la misma el 28 de diciembre de 1999, carga que nunca fue entregada en el sitio de destino, como quiera que fue hurtada en el trayecto Carmen de Bolívar – Ovejas.

3.- Durespo S.A. contrató con la demandante, mediante póliza automática de seguro de transporte de mercancía el amparo de la misma bajo la modalidad “todo riesgo”, incluido el de la falta de entrega de los elementos que fueran movilizados en el país.

4.- En razón de la referida pérdida, Durespo S.A. formuló reclamación a la actora y ésta, en virtud de su acogimiento, de conformidad con la liquidación que hizo del siniestro, pagó a aquélla el 27 de enero de 2000 la suma de \$308.346.577.00 y se **subrogó** en sus derechos, de conformidad con el artículo 1096 del Código de Comercio.

5.- La demandada Schenker Colombia S.A. contestó en oportunidad la demanda y se opuso a sus pretensiones, proponiendo las excepciones de mérito consistentes en que ella “actuó como agente de carga en calidad de mandatario de la sociedad Durespo S.A.”; como mandatario para la agencia de carga Schenker tubo el máximo de diligencia posible; ausencia de legitimación en la causa por pasiva; y exoneración de responsabilidad por parte de la transportadora

6.- A su turno, la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Ltda. -Cootransoran- también respondió la demanda, solicitó la desestimación de sus súplicas y

formuló las excepciones de fondo que denominó fuerza mayor o caso fortuito, pago de lo no debido y reducción de la indemnización

B) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA)

¿Conforme con las condiciones como se desarrolló el contrato de transporte se cumplió a cabalidad con los requisitos del artículo 992 del Código de comercio?

¿Cual es la responsabilidad que se le atribuye a los intermediarios en el sector del transporte? Que clase de intermediación pudo haber desarrollado Schenker? Y cuales son sus consecuencias?

C) RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El A quo fue el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín, quién en sentencia de 2 de julio de 2004, **absolvió** de todas las pretensiones a las demandadas, declarando probadas las excepciones de “**fuerza mayor**” y “**exoneración de responsabilidad por parte de la transportadora**” y condenó en costas a la actora. En segunda instancia, en razón de la apelación presentada por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia proferida el 30 de mayo de 2006, confirmó la decisión de primera instancia. La Honorable Corte Suprema de Justicia decidió **CASAR** la sentencia y emitió fallo sustitutivo.

D) FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

La **COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.** actuó como subrogataria, apoyada en el artículo 1096 del Código de Comercio, precisando los requisitos de la acción subrogatoria y demostrando los elementos de la misma radicándose en ella la legitimación en la causa por activa.

Demostró además la existencia del contrato de seguro con la póliza; el pago efectuado por la aseguradora a la asegurada, con la declaración rendida por el representante legal de Durespo S.A. y el recibo de folio 55 del cuaderno principal; y la ocurrencia del siniestro, con la comprobación de la pérdida de la mercancía.

El Ad quem determinó que las personas jurídicas demandadas estaban llamadas a responder a la actora en los términos de la demanda y al efecto se detuvo en el artículo 992 del Código de Comercio, sobre el cual apuntó que conforme “la hermenéutica que constante e invariablemente en el punto ha sostenido la Corte, **(...) la obligación del acarreador es de resultado (...)**, lo cual no supone una responsabilidad objetiva, según pareciera, pues es posible que en el proceso de cumplimiento de su prestación acontezcan circunstancias que le impidan, sin su culpa y pese a su cuidado, arribar a destino en la forma y tiempo debidos, razón por la cual el legislador ha señalado, en busca de justicia y equidad, las causales de exoneración a que alude el canon 992 citado”.

Precisó, seguidamente, que el porteador se libera de la responsabilidad presumida en su contra, cuando demuestra “**la presencia de una causa extraña**” que le haya impedido ejecutar la obligación a su cargo o que haya determinado el cumplimiento defectuoso o

tardío de la misma, **“siempre que haya adoptado ‘...’ todas las medidas razonables que hubiera tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación (...)”,** por donde se viene la razonabilidad de la conducta como elemento de importancia suprema en el análisis, junto al de la causa extraña, que se refiere, huelga decirlo, a la ocurrencia de hechos que no nacen del comportamiento del acarreador, sino de terceros o de la naturaleza misma”. Puntualizando que ambos aspectos, **ajenidad de la causa y razonabilidad de la conducta del porteador**, serán tenidos en cuenta en cada caso según las particulares circunstancias en que se desarrolló, dado que no existen reglas que permitan unificar para mirar dentro de niveles uniformes y específicos”.

Determinó el sentenciador que la **causa extraña tuvo plena demostración**, pues el hurto acontecido fue acreditado **sin hesitación** y la ausencia de culpa de la parte demandada aparece también evidente, en tanto realizó todos los actos razonablemente exigibles a cualquier transportador en orden a impedir el hecho, medidas que, a su vez, fueron infructuosas ante la acción delictiva. Y que l

El ad quem concluyó que existía una conexión inescindible entre el intermediario y el transportador por lo que la responsabilidad imputada a Schenker Colombia S.A. se comunicaba de manera directa con la Transportadora y como consecuencia se presentaba igualmente su liberación de responsabilidad, razonamientos que le permitieron concluir el éxito de la excepción de “causa extraña” y la necesidad de absolver a las dos demandadas.

E) RECURSO DE CASACION

Dos cargos, ambos con respaldo en la causal primera de casación, propuso la recurrente contra el comentado fallo de segunda instancia. En el primero, denunció la violación indirecta de normas sustanciales, en tanto que en el segundo, su reproche versó sobre el quebranto directo de las mismas, pero la Corte se ocupó únicamente del cargo inicial, por la prosperidad de este y en resumen la accionante en casación manifestó lo siguiente:

La **COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.** censuró la sentencia del Tribunal por ser violatoria, indirectamente, del artículo 992 del Código de Comercio, habida cuenta de los errores de hecho en que dicho juzgador incurrió en la apreciación de las pruebas del proceso tales como las documentales que contiene la denuncia penal sobre el hurto de las mercaderías transportadas, las testimoniales y el interrogatorio de parte del representante legal de la citada Cooperativa demandada.

Conforme con el artículo 992 del estatuto mercantil y, de manera enfática, destacó que la exoneración para la acarreadora de la responsabilidad que para ella se deriva de la in ejecución del contrato de transporte, o de su cumplimiento imperfecto o tardío, sólo es admisible cuando acredita, por una parte, que ese estado de cosas se produjo por una causa extraña a ella y, por otro, que adoptó **“todas”** las medidas razonables de seguridad para impedir la producción y/o la extensión del daño y no de “algunas mediadas razonables” y para llo se despacho respecto de las pruebas practicadas así:

Respecto de la denuncia penal quedó sentado el valor de la mercancía, la cual, según el accionante, ameritada mayores medidas de seguridad, pues únicamente se contaba con un solo escolta en un taxi y sin armas. Así mismo conforme con el interrogatorio absuelto

por el representante legal de Cootransoran Ltda. concluyó, por una parte, que la nombrada demandada “conocía las condiciones de inseguridad de la vía utilizada”; por otra, que las medidas adoptadas para el traslado de la carga de que se trata, consistieron en el seguimiento telefónico cada 15 minutos”, en la verificación de reportes “desde los puestos de control” y en que el automotor encargado del transporte, viajara acompañado de dos más, uno de carga y otro como “escolta”; en tercer lugar, que la mercancía objeto de la mencionada movilización “era de riesgo, que requería medidas de seguridad”; igualmente que “las únicas medidas adoptadas al conocer el riesgo de la mercancía, fueron el acompañamiento y el seguimiento punto a punto”; y por último, que en el caso de “mercancías riesgosas se refuerzan los escoltas”.

Igualmente censuró el sistema de comunicación como el celular que no era el más indicado porque en algunos sitios se pierde la señal, que en otros transportes de mercancía en que participó el testigo utilizaba sistemas de radio, o el sistema de mosqueo (sic) de escolta y que en el caso a que se refería el proceso, Cootransoran no utilizó esas medidas y terminó refiriéndose a que en el proceso se probó que la mercancía era muy costosa, y que días antes otro cargamento encomendado por Schenker había sido hurtado y que las únicas medidas de seguridad implementadas fueron el escolta, el transporte de día y el acompañamiento de otro camión y que faltaron medidas que en otros transportes de mercancías costosas y riesgosas había tomado la misma Cootransoran, como reforzar escoltas, y otro sistema de comunicación.

F) CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

En torno de la naturaleza de los deberes de prestación que surgen de tal contrato, jurisprudencia y doctrina, al unísono, tienen decantado que la obligación del transportador es de resultado, sin aseverar que el transportador carezca de medios de defensa que le permitan eximirse de reparar el perjuicio cuya causación se le imputa. Para el efecto, el artículo 992 del Código de Comercio, norma cuyo quebranto fue el que se denunció en el cargo auscultado, dispone que “[e]l transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación” (se destaca), y por ende, dos son las circunstancias que se deben acreditar para que opere la exoneración de responsabilidad del transportador de cosas: en primer lugar, que el daño padecido por el remitente o el destinatario, que en principio es atribuible al incumplimiento del acarreador, en realidad se ha originado en una causa que le es extraña o se deriva de vicios propios o inherentes a la cosa transportada; **y en segundo lugar**, que el transportador haya adoptado todas las medidas razonables que un profesional de esa actividad habría dispuesto para evitar los efectos perjudiciales que son consecuencia de la insatisfacción de sus compromisos contractuales o la extensión de tales consecuencias dañosas.

Manifiesta que la razón para que en la regulación que se comenta se dispusiera que la exoneración del transportador requería no sólo de la prueba del factor extraño, que de suyo exige que se acredite que se trata de un hecho o un comportamiento ajenos al círculo de control del agente, sino que además se reclamara la prueba de las medidas razonables adoptadas por el porteador para evitar el perjuicio o su agravación, podría encontrarse en el deseo del legislador de destacar que la actividad del transportador

corresponde a la de un profesional del comercio organizado empresarialmente (numeral 11, art. 20, C. de Co.), que está regida por un sistema de responsabilidad, si se quiere, más riguroso, en tanto que, a diferencia de la responsabilidad de la generalidad de las personas, en la que el factor de comparación, por regla, es “el comportamiento de un buen padre de familia”, en la del profesional el estándar de diligencia exigible -el buen profesional- normalmente es más elevado en virtud del surgimiento para él de diversos deberes jurídicos de prevención y de evitación de daños, muchos de ellos incorporados al contrato por aplicación del principio de buena fe (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.).y también puntualizó que la Corte ha dicho *“no puede extenderse, ni ello compete a la Corte, una lista acabada o exhaustiva de las medidas que un transportador debe implementar, según las exigencias de su profesión, frente a situaciones concretas, con el fin de evitar el perjuicio o su agravación, pues, en línea de principio, es él quien, en su momento y lugar, debe identificar los riesgos asociados a su negocio, medir el nivel de exposición respecto de ellos, al igual que la posibilidad de conjurarlos y emprender las acciones que estime prudentes y adecuadas, las cuales, en caso de controversia, estarán sometidas, por obvias razones, a la ponderación del juzgador, conforme los dictados del sentido común y la sana crítica”* (Cas. Civ., sentencia de 8 de noviembre de 2005, arriba citada), y con base en lo anterior manifestó con base en las pruebas recaudadas que:

De los elementos de juicio se desprende que era de conocimiento de la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Ltda. la inseguridad que para la época de los hechos se presentaba, en general, en las carreteras de país y, especialmente, en las que comunican a Cartagena con Medellín, en particular en la que fue escogida para el transporte de la mercancía de que se hizo cargo dicha empresa, situación reconocida por el representante legal de la empresa citada y corroborada por testimonio; Así como del alto costo de las mercancías materia de la movilización y por ende riesgosa, por lo que tenía una alta posibilidad de ser objeto de hurto.

Así mismo manifestó que del conjunto de las pruebas relacionadas se infiere, entonces, que eran del conocimiento de la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Ltda. -Cootransoran- **las difíciles condiciones de seguridad** que ofrecían las carreteras del país para la época en que se verificó el traslado de la mercancía relacionada con este proceso, especialmente las que comunicaban a Cartagena con Medellín, más cuando en una de ellas, la semana anterior, había sido hurtado un cargamento cuyo transporte había sido encargado por la misma sociedad Schenker Colombia S.A.

Igualmente, de los elementos de juicio se estableció que la transportadora adoptó como mecanismos para proteger el cargamento en su traslado de Cartagena a Medellín, la utilización de una ruta diferente a la que en ocasiones anteriores acostumbraba usar, que la movilización se hiciera sólo durante el día, que se efectuaran reportes desde los puntos fijos de control, que el vehículo transportador viajara en caravana con otro de carga y que igualmente fuera acompañado de un escolta, quien se movilizaba en un automóvil de servicio público -taxi- y debía dar informes periódicos a través del teléfono celular que portaba, todo ello con base en el “PLAN DE SEGURIDAD 2000”, cuyo texto aportó con la contestación de la demanda, el cual no se implementó a cabalidad en esta ocasión.

Y concluye diciendo que conforme con las reglas de la experiencia -o a lo que ha de considerarse *razonable* para este asunto en particular vistas sus circunstancias-, que el aumento de los escoltas o la utilización del sistema de “mosqueo” descrito por el testigo señor Preciado Mesa, eran medidas más apropiadas para contrarrestar la acción de los

delincuentes; o que de haberse contado con equipos de radiocomunicación tanto en el vehículo ocupado con la carga, como en el que se movilizaba el escolta y en el otro camión que conformaba la caravana, por cualesquiera de sus conductores se habría podido dar aviso a la empresa, para que inmediatamente desplegara el operativo de reacción y apoyo referido en su manual de seguridad, e igualmente se habría informado, al momento del hurto, la ocurrencia de éste, a las autoridades y a los demás transportadores que se encontraban en la zona, para que, con su colaboración, se hubiese procurado evitar la consumación del ilícito; o que de haberse llevado a cabo el igualmente mencionado operativo de búsqueda del automotor y de la mercancía por parte del grupo de acompañantes de la compañía, junto con las autoridades, inmediatamente después de ocurrido el atraco y no varios días después a su ocurrencia, como en efecto aconteció, hubiese sido probable la recuperación de la mercancía transportada.

No hay duda, entonces, que sí existían al alcance de la transportadora aquí demandada otras medidas, concebidas por ella misma en su “PLAN DE SEGURIDAD 2000” o que había implementado en la ejecución de otros contratos de transporte de mercancías que calificó de “alto riesgo”, y que en la movilización de los bienes que para su conducción de la ciudad de Cartagena a Medellín le entregó Schenker Colombia S.A. no aplicó, aserto del que se desprenden, en forma evidente, los errores en que incurrió el Tribunal al tener, en la particular situación de hecho que se ha descrito, por demostrada la exigencia consagrada en el artículo 992 del Código de Comercio, concerniente con la adopción por parte de Cootransoran Ltda. de **“todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación”**, yerros que sin duda son trascendentes, pues lo condujeron a exonerar a la citada porteadora de su responsabilidad por la pérdida de la mercancía que recibió para su conducción a la ciudad de Medellín, por lo que se dio la prosperidad del cargo y se decidió proferir sentencia sustitutiva donde se analizó el caso de la Subrogación, la legitimación en la causa y los derechos y obligaciones del comisionista o agente de transporte.

G) SENTENCIA SUSTITUTIVA

Se procedió a analizar los requisitos de la subrogación conforme lo establecido en el artículo 1096 del Código de Comercio, extractando de la norma, que la subrogación depende de dos específicas circunstancias, a saber: la existencia de un contrato de seguro (que se demostró) y que, por haber tenido ocurrencia el siniestro, el asegurador pague al asegurado la correspondiente indemnización (que también se demostró), de que la mencionada aseguradora, por tanto, se subrogó en los derechos de la asegurada derivados del hecho de la “falta de entrega” de la mercancía, acaecida en desarrollo de su movilización.

De la valoración de las pruebas ese conjunto de pruebas, en asocio con la documental recaudada en el litigio, se concluyó que uno fue el contrato celebrado entre Durespo S.A. y Schenker Colombia S.A., y otro, el de transporte, que esta última compañía ajustó con la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Ltda. -Cootransoran-, en virtud del cual se convino la conducción de la mercancía que había arribado al puerto de Cartagena, vía terrestre, a la ciudad de Medellín, en donde debía dejarse a disposición de Schenker Colombia S.A., en las bodegas de “Almaviva”, para proceder a su nacionalización definitiva.

Ahora bien, pese a que Schenker Colombia S.A. sostuvo a lo largo del proceso que dicho

contrato de transporte lo celebró en representación de Durespo S.A., es lo cierto, como con claridad se infiere del material probatorio relacionado, que su intervención fue en nombre propio y que, por el contrario, confesó no haber informado a la transportadora que su actuación la realizaba en nombre o por cuenta de otra persona. En ese orden de ideas, propio es notar que en el contrato de transporte celebrado para la movilización de las mercancías de Cartagena a Medellín, no fue parte Durespo S.A., ya que en dicho convenio intervino Schenker Colombia S.A., como remitente y destinataria, y la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Ltda. -Cootransoran-, como transportadora, por lo que se concluye que al no haber sido parte en el contrato de transporte de que se viene haciendo mérito la sociedad Durespo S.A., **ella carecía, y carece, de acción contractual para reclamar, en los precisos términos que se plantearon en la demanda, en contra de la empresa transportadora, la Cooperativa demandada, por el incumplimiento de dicho negocio jurídico y, por lo mismo, que la indemnización que recibió de parte de la aseguradora aquí demandante, no implicó la subrogación -transmisión- a ésta de ninguna acción con causa en el señalado contrato de transporte.**

Así las cosas, resulta impropio que la Compañía Suramericana de Seguros S.A. hubiese reclamado en la pretensión segunda de su demanda, que se declarara “que la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL ORIENTE ANTIOQUEÑO COOTRANSORAN LTDA. incumplió el contrato de transporte celebrado el día 29 de Diciembre de 1989, porque no entregó la mercancía objeto del contrato”, solicitud de la que hizo depender las condenas que contra ésta deprecó, en tanto que, se reitera, la actora no fue parte en dicho “contrato de transporte”, ni se subrogó en ninguna acción derivada del mismo por virtud del pago de la indemnización que hizo a su asegurada, la empresa Durespo S.A., quien tampoco intervino como parte en esa convención, ni respecto de ella se alegó otro fundamento para darle sustento a la mencionada aspiración.

Se colige, entonces, la falta de legitimidad de la actora en frente de la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Ltda., Cootransoran, y, por consiguiente, que las pretensiones de la demanda, en cuanto a dicha demandada, no están llamadas a prosperar, y se pasó al estudio de las pretensiones respecto de Schenker Colombia S.A., de donde se permitió colegir que, tal y como en líneas generales lo admitieron en el proceso la actora y la propia Schenker Colombia S.A., ésta, en lo que hace al traslado de las mercancías, **fue una intermediaria**, que coordinó y contrató con terceros la conducción de los bienes desde las bodegas del proveedor hasta las de Durespo S.A.

En dicho contexto pueden distinguirse, según la doctrina especializada, entre otras, las siguientes clases de intermediarios: **los agentes de carga, los comisionistas de transporte, los agentes de viajes, los transportadores marítimos no operadores de naves y los agentes marítimos**, concluyendo que la figura aplicable era la consagrada **en el artículo 1312 del estatuto mercantil por la cual se regula el “contrato de comisión de transporte”**, que es una comisión especializada, en virtud de la cual el comisionista, en forma autónoma y actuando en nombre propio, aunque por cuenta del comitente, se encarga de contratar con terceros la conducción de personas o cosas de un lugar a otro, siendo de su cargo, a la vez, velar por la debida ejecución del contrato, teniéndose en cuenta además que el comisionista de transporte está sometido, en punto de derechos y obligaciones, al mismo régimen del transportador, se colige que Schenker Colombia S.A., en la mencionada calidad, **es responsable frente a Durespo S.A. por la**

no entrega de las mercancías de su propiedad y que fueron, precisamente, el objeto del transporte cuya contratación la última de tales sociedades encargó a la citada demandada, teniendo claro que por ningún motivo hubo exoneración en los términos del artículo 992 del Código de Comercio, lo que se traduce en la improsperidad de la totalidad de las excepciones propuestas por la demandada Schenker Colombia S.A. y, a su vez, el acogimiento de las pretensiones, ordenando **CASAR** la sentencia de segundo grado, y en consecuencia se Declaró que Schenker Colombia S.A., era civilmente responsable por la no entrega a la sociedad Durespo S.A., en su calidad de propietaria, de las mercancías y condenando a pagar a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., por haberse subrogado ésta en los términos del artículo 1096 del Código de Comercio en los derechos de Durespo S.A.

4.2.- H) EVALUACION CRITICA

La Sentencia es clara en establecer que la responsabilidad que le atañe al transportador, en tanto sus deberes de vigilancia y cuidado, es de aquellas que entrañan una obligación de resultado y que el mismo, conforme con su actividad considerada como la de un **profesional en el ramo**, ha de adoptar todas las medidas para que no se generen riesgos y peligros a fin de evitar el daño o su agravación conforme con lo establecido en el artículo 992 del Código de Comercio (modificado por el Decreto 01 de 1990 artículo 10), aunque en mi concepto esas medidas también tienen que atender a circunstancias razonables conforme las reglas de la lógica y la experiencia, pues no se le puede pedir al transportador que ponga a disposición de cada entrega un cuerpo armado entero o una tropa del Ejército pues esto conllevaría a la imposibilidad de prestar el servicio, y en este sentido me aparto del fallo, pues el transportador demostró hasta la saciedad el cumplimiento de las medidas de seguridad atinentes a cualquier transportador de mercancías en el país, pero es claro, igualmente, que la argumentación de la Corte es sólida frente a los antecedentes en el transporte de mercancías de alto riesgo realizado por la demandada, y el incumplimiento de su plan de seguridad.

Están claramente establecidos y probados, en este caso, los requisitos para que procediera la subrogación conforme lo establecido en el artículo 1096 del Código de Comercio, extractando de la norma, que la subrogación determina claramente que el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe en los derechos del asegurado, situación que efectivamente sucedió en esta caso, pues aunque el valor de la indemnización fue calculado en mayor cuantía, únicamente se ordenó el pago del monto cancelado.

Fue un acierto la consideración de la Corte en que la facultad que, en razón de la subrogación, adquiere el asegurador de ocupar la posición que tenía su asegurado para reclamar del directo responsable la reparación del daño, **no puede entenderse ilimitada** sino que, por el contrario, deriva del riesgo amparado y del perjuicio efectivamente resarcido, por lo que en ejercicio de la subrogación, el asegurador tiene que alegar y probar los mismos hechos e invocar los mismos preceptos legales que pueden servir como sustento a la acción del asegurado y así neutralizar las mismas defensas o medios exceptivos del presunto responsable.

Y en ese orden de ideas, es claro que el contrato de transporte, no fue parte Durespo S.A., ya que en dicho convenio intervino Schenker Colombia S.A., como remitente y destinataria, y la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Ltda. -

Cootransoran-, como transportadora. Por lo que al no haber sido parte en el contrato de transporte la sociedad Durespo S.A., no tenía legitimación en la causa para actuar en contra de la empresa transportadora, y por ello, la indemnización que recibió de parte de la aseguradora aquí demandante, no implicó la subrogación -transmisión- a ésta de ninguna acción con causa en el señalado contrato de transporte., y por ende la Compañía Suramericana de Seguros S.A. no podía reclamar la pretensión subrogatoria frente a la transportadora.

Fue entonces evidente que uno fue el contrato celebrado entre Durespo S.A. y Schenker Colombia S.A., y otro, el de transporte, que esta última compañía ajustó con la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Ltda. -Cootransoran-, y luego de diferenciar y definir los contratos de agente de carga **y comisionista de transporte** se concluyó que **Schenker actuó en esta última condición** claramente establecida en el artículo 1312 del estatuto mercantil que establece "El contrato de comisión de transporte es aquel por el cual una persona se obliga, en su nombre, y por cuenta ajena, a contratar y hacer ejecutar el transporte o conducción de una persona o de una cosa y las operaciones conexas a que haya lugar", a más que tal gestión que tal actividad se ajustada al objeto social que tenía para dicha época, y por ende esta sociedad era la responsable frente a Durespo por la no entrega de las mercancías, y de ello resulta evidente que la Compañía Suramericana de Seguros S.A. se subrogó en los derechos de Durespo S.A. y que, por ende, estaba facultada legalmente para repetir su cobro en contra de Schenker Colombia S.A., en los términos del artículo 1096 del estatuto mercantil.

Por último, dentro del análisis que hizo la corte fue interesante establecer el tema referente al monto de la indemnización en los términos contemplados en el artículo 1031 del Código de Comercio, donde se concluyó que la suma a pagar cargo de Schenker Colombia S.A. ascendería al total de \$374.933.391,25., lo que resultaba como un valor superior al que fue pagado por la aseguradora a Durespo S.A., y por ende la condena que hubo de imponer a la mencionada sociedad demandada correspondió únicamente al total de lo solicitado incluyendo la indexación respectiva.

Es claro, y a sí se desprende de las normas que regulan el contrato de transporte que principio las partes son el remitente y transportador, haciendo claridad que cuando se habla de transportador, no necesariamente el transportador es el que tiene buques, camiones o aviones, transportador es el que se obliga a transportar. Muchos de los contratos de transporte que se celebran hoy en día se realizan con empresas que no son armadores o no son propietarios de aviones o de camiones, son empresas que asumen esa responsabilidad. Esas empresas que asumen esa obligación se convierten en transportadores, pero el contrato, en este caso, finalmente es el del comisionista de transporte. El art. 1312 del CCo define el comisionista de transporte, que es aquel por el cual una persona se obliga en su nombre y por cuenta ajena a contratar y a hacer ejecutar el transporte o conducción de una persona o de una cosa y las operaciones conexas a que haya lugar. El comisionista de transporte gozará de los mismos derechos y asumirá las mismas obligaciones del transportador en relación con el pasajero y el destinatario de las cosas transportadas, no obstante lo previsto en el artículo anterior, el pasajero, remitente o destinatario podrán ejercitar directamente contra el transportador las acciones del caso por los perjuicios que esté obligado a indemnizar. El transportador a su vez podrá ejercitar directamente contra el pasajero las acciones por incumplimiento del contrato una vez que el servicio se haya ejecutado. Una misma persona no podrá ser al mismo tiempo comisionista de transporte y transportador.

Permanentemente se presenta que el contrato se celebra con un comisionista, es decir el contrato que se celebra con Avianca o con American Cargo o con Transportes Saferbo o DHL, es un típico contrato de transporte hablando de Carga, o sea de transporte de mercancías, pero puede ocurrir que con quien se celebre el contrato es con Panalpina o con Shenker. En la sentencia la conclusión de la corte es que Shenker si es responsable como transportador porque lo que se celebro aquí fue un contrato de comisión de transporte, porque se obligo a transportar esa mercancía, es mas quien contrató el transporte terrestre fue Schenker a nombre propio, es decir no contrató el transporte de la mercancía de Cartagena a Bogotá con el transportador terrestre en nombre de un tercero sino que lo hizo a nombre propio. Es más el transportador nunca supo que la mercancía era de Durespo, en los manifiestos de carga quien aparecía era Schenker, osea que contrato a nombre propio. Y adicionalmente en su certificado de cámara que aportó al momento de contestar la demanda aparecía en el objeto social celebrar contratos de transporte y luego a los dos meses siguiente aporto otro certificado modificando del objeto lo de comisionista de transporte.

El comisionista de transporte es el que se obliga a transportar sin ser transportador, la ley permite al remitente o al destinatario, no obstante dirigir sus acciones de responsabilidad contractual tanto contra el uno como contra el otro, puedo demandar a cualquiera de los dos o a ambos.

++