

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA**

Magistrado Ponente: Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Referencia: Expediente No. 4895

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado LUIS EMILIO LARA BUITRAGO contra la sentencia del 5 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por las Compañías SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. y SEGUROS LA ANDINA S.A. frente al recurrente.

**ANTECEDENTES**

**1.** Ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito especializado de Medellín se inició el referido proceso, pretendiéndose que "*la empresa de Transportes Luis Emilio Lara*" y éste como persona natural, fueran declarados responsables solidariamente del incumplimiento del contrato de transporte celebrado el 3 de noviembre de 1989; consecuentemente se impetró que los citados demandados fueran condenados a pagarle a las sociedades demandantes la suma de veintiún millones ochocientos noventa y un mil doscientos cuarenta y ocho pesos (\$21.891.248.00) en la proporción que se indica en la demanda, como subrogatarias de los derechos de Procesadora de Leche S.A.. Además se solicitó el reajuste monetario como consecuencia de la devaluación, intereses comerciales y corrientes, amén del 25% por lucro cesante. Subsidiariamente se pretendió que las condenas se impusieran por las sumas establecidas en el proceso y sin declaración previa de responsabilidad por el incumplimiento del contrato.

**2.** Como causa de lo pretendido se propuso la siguiente relación fáctica:

**2.1.** De acuerdo con la comunicación escrita y suscrita por quien indica ser el gerente de la empresa Transportes Luis Emilio Lara, ésta contrató con Procesadora de Leches S.A. "*Proleche*", el transporte de varios bultos de leche en polvo, desde la población de Cereté (Córdoba) hasta la ciudad de Medellín.

**2.2.** El 3 de noviembre de 1989 se acarreó el cargamento, compuesto en la forma detallada en el libelo introductor, en furgón de propiedad de la remitente que se enganchó al Tractocamión marca Mack, modelo 1968, placas GL 4343, para entonces de propiedad de Luis Emilio Lara, cuya conducción se confió a Alvaro Chaverra.

**2.3.** El valor total de la carga ascendía a la suma de veintidós millones cuatrocientos cincuenta y dos mil quinientos sesenta y dos pesos M/L (\$22'452.562.00).

**2.4.** El vehículo inició el viaje hacia el lugar de destino, donde debía arribar al día siguiente. Como no llegó, Ubier Darío García, empleado de Proleche, denunció el hecho ante las autoridades de policía.

**2.5.** Como ni la empresa encargada del transporte, ni el propietario del tractocamión enteraron a Proleche de lo sucedido, ésta los requirió el 23 de noviembre de

1989, mediante escrito respondido el 5 de diciembre siguiente por Luis Emilio Lara, quien invocó su condición de gerente de la empresa mencionada y manifestó que evidentemente se había comprometido a "... la conducción de la carga desde Cereté a Medellín", pero no había sido posible cumplir el contrato porque el tractocamión había sido atracado en el trayecto, agregando que estaría atento al desarrollo de la investigación adelantada por el Juzgado 29 de Instrucción Criminal de Medellín.

**2.6.** El transportador no expidió planilla, orden de cargue o remesa terrestre, pero el conductor autorizado, firmó el memorando 1393, elaborado por Proleche, en el cual se relaciona el cargamento.

**2.7.** Previamente a entregar la carga al transportador, Procesadora de Leches S.A. "Proleche", había obtenido de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., el otorgamiento de la Póliza Automática de Seguro de Transporte de Mercancía No. 15596, mediante la cual asumió los riesgos de pérdida o daño material de los bienes de propiedad de la asegurada, producidos con motivo de su transporte. En aplicación de la misma, se expidió el certificado de seguro No. 455676 correspondiente a la carga antes mencionada.

**2.8.** Establecida su pérdida, la empresa asegurada dio aviso a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. y reclamó el pago de la indemnización, adjuntando la prueba del siniestro. Comprobada su ocurrencia y la cuantía de la pérdida, la aseguradora pagó a Proleche S.A. la suma de veintiún millones ochocientos noventa y un mil doscientos cuarenta y ocho pesos M/L (\$21.891.248.00), equivalente al valor del cargamento, menos el 2.5% correspondiente al deducible o suma a cargo del asegurado.

**2.9.** Con la anuencia del asegurado, Suramericana de Seguros S.A. cedió a la Compañía de Seguros La Andina S.A. el 30% del riesgo asumido. En consecuencia, tras el pago de la indemnización por la primera, la segunda le reembolsó la cuota correspondiente.

**2.10.** La indemnización fue recibida por el representante legal de la asegurada, quien suscribió el documento denominado "*orden de pago y liquidación de siniestro*", distinguido con el número 35107; por tal motivo las aseguradoras se subrogaron por ministerio de la ley en los derechos del remitente contra el transportador incumplido, hasta el importe de lo pagado por ellas.

**2.11.** Ni la empresa demandada, ni el propietario del vehículo han retornado la carga a su destinatario, ni han pagado indemnización alguna.

**3.** Mediante auto del 22 de abril de 1991 se admitió la demanda, ordenando correrle traslado a los demandados. Notificado Luis Emilio Lara Buitrago, la contestó oponiéndose a la pretensión, oportunidad en la cual negó la existencia de la empresa transportadora codemandada y propuso las excepciones de mérito de "*falta de legitimación en la causa activa*", con fundamento en que "... las demandantes carecen de subrogación legal para el ejercicio de la acción"; "*inexistencia de la obligación indemnizatoria*", pues el demandado no fue contratista del transporte de la mercancía cuya pérdida finca la demanda; "*non adimpleti contractus*", fundada en que Proleche no canceló el porte o contraprestación convenida por la tracción del furgón en el cual transportó su propia carga; "*fuerza mayor*", porque la pérdida del cargamento se produjo por efecto de piratería terrestre en la vía utilizada; "*división de obligaciones*" con Proleche, por cuanto esta sociedad asumió el transporte de la carga en remolque de su propiedad, mientras que el demandado sólo tomó a su cargo la tracción del mismo con el tractocamión de su propiedad; "*prejudicialidad*", pues el delito cometido es materia de investigación penal y la decisión que se tome en dicho proceso necesariamente influye en el fallo que dirima el proceso civil.

Reformada oportunamente la demanda para excluir a la demandada, empresa de Transportes Luis Emilio Lara, se adelantó la primera instancia, clausurada con sentencia del 7 de julio de 1993, en la cual se acogió la excepción de *"división de obligaciones"* propuesta por el demandado, condenándolo a pagar la sumas especificadas por el a quo, dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, junto con los *"...intereses corrientes causados a partir del vencimiento del plazo para pagar la suma impuesta"*. Igualmente se le condenó al pago de las costas en la proporción señalada en el fallo. Las restantes pretensiones se desestimaron.

Apelada por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín decidió el recurso interpuesto por sentencia del 5 de noviembre de 1993, infirmando la decisión del a quo. En su lugar desestimó las excepciones propuestas por el demandado, declaró el incumplimiento del contrato de transporte por su parte y lo condenó a pagarle a las demandantes el valor de la indemnización cancelada a la asegurada, en la forma y proporción en la cual asumieron el pago de la misma. Igualmente lo condenó al pago de las costas causadas en ambas instancias.

Contra la decisión anterior el demandado interpuso el recurso extraordinario de casación que ocupa la atención de la Corte.

### **FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO**

Luego de relatar los antecedentes del litigio, se ocupa el Tribunal de elucidar lo atinente a la legitimación de las partes en el proceso, por cuanto el demandado cuestionó su vinculación al contrato de transporte invocado por la sociedad Proleche, sobre cuyo objeto recayó el contrato de seguro ajustado por ésta y las demandantes, así como *"... los elementos estructurales de estos dos acuerdos, porque la legitimación de las partes como el respaldo jurídico de la indemnización pretendida, hallan allí su respaldo fundamental"*.

Con tal propósito indaga por el contrato de seguro de transporte, dejando por averiguada su existencia y comprobación con el documento contentivo del mismo - póliza 15596 - y sus anexos, a los cuales atribuye virtualidad e idoneidad suficientes para demostrarlo. Anota que la misma documentación prueba el acuerdo de distribución del seguro entre los entes demandantes, en los términos y proporciones que allí se indican, circunstancias que aunadas al pago de la indemnización por la pérdida de la carga, efectuado por Suramericana de Seguros a Proleche, en cuantía de \$21.891.248.00, según orden de pago No. 35107, de la cual le correspondía asumir un 70% y el 30% restante a la otra demandante, ratifican la legitimación que les asiste para incoar la presente acción. Añade que para la época en que se produjo la pérdida de la carga estaban vigentes la póliza de seguro y el amparo del riesgo de falta de entrega de la misma, en tanto que la expedición del certificado de seguro por parte de la aseguradora encuentra soporte en la póliza y es consecuencia de las circunstancias descritas. Al destacar el carácter mercantil del contrato de seguro examinado, por ser las aseguradoras sociedades de comercio y tener por objeto social la explotación del aludido servicio, colige que *"...la subrogación legal prevista en el art. 1.096 ib. tiene el soporte documental requerido"*.

Centra enseguida su análisis en el contrato de transporte para precisar que sobre su objeto recayó el interés asegurable. Luego, al ocuparse de la argumentación del demandado, quien objeta el contrato porque él sólo asumió una función de locación o de remolque del furgón de propiedad de la remitente y porque el transporte es un servicio público a cargo de personas jurídicas dedicadas a esa explotación económica, considera que ello contradice la práctica y la legislación vigente, pues son frecuentes los contratos de transporte celebrados entre personas naturales, cuyos efectos son los previstos por el art. 18 del decreto 01 de 1990.

Por consiguiente, estima que el contrato se encuentra debidamente demostrado con la declaración de parte del demandado, la carta dirigida a la remitente, el testimonio de Alvaro Chaverra, dependiente del demandado, quien tuvo a su cargo la conducción del vehículo en el cual se ejecutó, además de la carta de porte o memorando No. 1393, suscrita por éste, referida al despacho de la leche en polvo.

Agrega que por razón del contrato celebrado el demandado se obligó *"...a cambio de un precio o flete, a conducir y entregar desde Cereté y hasta Medellín, en las dependencias del destinatario remitente, la mercancía compuesta por varios bultos de leche en polvo relacionada por su cantidad, calidad y valor asignados, en la fecha y modalidades expuestas"*. Expresa posteriormente, que tales obligaciones fueron incumplidas por aquel, quien adujo como causa de exculpación la fuerza mayor, configurada por el atraco a mano armada, acaecido durante el transporte, acerca de lo cual afirma, citando jurisprudencia de la Corporación, sólo tiene estructuración bajo excepcionales condiciones.

Prosiguiendo con su análisis, descarta la alegación del demandado consistente en que la relación ajustada era exclusivamente de locación, habida cuenta que el tractocamión se condujo por un dependiente asalariado del transportador Luis Emilio Lara Buitrago, quien era el propietario de dicho vehículo al que se acopló el furgón de propiedad de la remitente.

Cuestiona enseguida la conclusión del a quo alusiva a que la responsabilidad la comparten la sociedad remitente y el demandado, porque ambos debían proveer a la efectiva realización del transporte, pues estima que tal inferencia tiende a desfigurar *"... el acuerdo de transporte de un lado, o a constituir un contrato de remolque, respectivamente; acuerdos que no sólo riñen con la realidad legal sino que no están regimentados en la legislación mercantil vigente"*. Ratifica tal conclusión al desechar la viabilidad de deducir una responsabilidad compartida del simple hecho de *"...acoplar un furgón que es una estructura que carece de la posibilidad de movilizar o transportar mercancía per se, mientras no sea remolcada por un automotor o tractocamión"*, o comprometer la responsabilidad extracontractual del propietario del vehículo ajustado a un tractocamión que irroga daño a terceros. Agrega que si *"...la obligación del porteador es la de desplazar y transportar la mercancía o cosa de un lugar a su destino y si por su descuido incumple la obligación a su cargo, no se ve fundamento jurídico para concluir que quien prestó o arrendó el furgón asuma una responsabilidad que no le cabe, porque está muy lejos de ser suya, toda vez que una jaula o furgón, es un adminículo inerte, mientras un automotor no lo remolque en ejecución del contrato de transporte, es de la exclusiva dinámica del último, por la simple razón de que éste es el ejecutor y conductor de esas dos piezas que en un momento conforman o adecua un solo equipo determinado al fin del transporte"*

Luego de citar doctrina foránea en torno al contrato de remolque, considera para desestimar la excepción del opositor, que la propiedad asignada a la sociedad remitente sobre el furgón enganchado al tractocamión del demandado, prestado o arrendado a éste, quien asumió integralmente la operación del transporte, carece de incidencia en la convención, pues *"...el contrato de transporte sobre la mercancía relacionada se celebró entre las dos aludidas partes y por el simple hecho de realizar el transporte de las mercancías, mediante el enganche o acople de un furgón, ésta simple actividad física tiene la virtualidad de configurar jurídicamente el contrato de transporte con todas las obligaciones propias del porteador que allí las asume íntegramente"*.

En relación con las excepciones denominadas *"non adimpleti contractus"*, *"división de obligaciones"* y *"prejudicialidad"*, expresa que además de lo considerado por el a quo, la primera no está llamada a prosperar, porque el pago del flete no tiene que efectuarse antes de iniciarse el contrato de transporte, ni constituye requisito de la

pretensión indemnizatoria derivada de la pérdida de la mercancía, como lo indican diversas previsiones de la legislación mercantil, como aquella que autoriza al transportador retener la mercancía cuando no se ha pagado el precio del transporte. Además, avala la conclusión con cita de pronunciamiento de esta Corporación y señala como algo usual el pago en cuenta corriente por parte del remitente.

Sobre la excepción de *"falta de legitimación en la causa por activa"*, considera que las *"...coaseguradoras demostraron a plenitud la satisfacción de todos los requisitos ya relacionados"*, para prevalerse de la subrogación consagrada por el art. 1096 del C. de Comercio, bajo cuyo tenor infiere la improcedencia de la indexación reclamada. Respecto de los intereses advierte que sólo hay lugar a ellos a partir de la exigibilidad del capital.

En cuanto a la *"inexistencia de la obligación indemnizatoria"*, estima que son abundantes los elementos probatorios que revelan la celebración del contrato de transporte y la calidad de porteador asumida por el demandado, que a su vez desvirtúan sus referencias a los contratos de locación y remolque.

Respecto de la *"división de obligaciones"* y prejudicialidad, explica que no empece ser obvia su inconsistencia, las consideraciones del a quo son suficientes para desecharlas.

Para culminar manifiesta que como el demandado debe asumir íntegramente el valor de la restitución o reembolso a las sociedades demandantes, debe revocarse la providencia apelada.

## **LA DEMANDA DE CASACION**

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia compendiada, en el ámbito de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los cuales se resolverán en el orden de su proposición.

### **CARGO PRIMERO**

Mediante éste se acusa la sentencia de infringir, de manera indirecta, *"...los artículos 1.036, 1.046, 1.050, 1.072, 1.074, 1.075 y 1.077 del Código de Comercio, en concordancia con los arts. 174, 176, 177 y 187 del C. de P.C., por falta de aplicación"*, como consecuencia de *"...haber tenido por probado, no estándolo, el contrato de seguro de transporte que se dijo celebrado con Compañía de Seguros La Andina S.A. y su participación en el coaseguro del que da cuenta la parte motiva con efecto en la resolutive"*, por apreciación errónea de la prueba de su relación contractual aportada por la otra aseguradora demandante; 2) *Al haber tenido por demostrados, sin estarlo, los requisitos exigidos por la ley para el pago de la reclamación por seguro de daño que genera la subrogación de derechos del asegurado por el asegurador, también con violación del art. 1096 del C. Co., por apreciación errada de la prueba aportada sobre aviso del siniestro"*.

Con el propósito de explicar la acusación expresa que dado el linaje contractual de la acción incoada, como las demandantes no están ligadas con el demandado por una relación de tal índole, *"... han venido en su contra apelando a la subrogación que alegan originada en hipotéticos derechos de su asegurado Proleche, por pago de la suma que ésta reclamó a título de indemnización por el riesgo amparado en contrato de seguro de transporte de carga"*, consistente en el transporte de un cargamento de leche en polvo, entre dependencias de Proleche en Cereté y Medellín.

Agrega que el contrato de seguro invocado aparece materializado en:  
a) La póliza flotante No. 15596 expedida por Suramericana de Seguros, allegada en copia auténtica. b) El certificado de seguro de transporte específico y recibo de prima expedido el 10 de noviembre de 1989, luego de acaecido el siniestro. c) Anexo de la póliza que consagra la distribución del seguro contratado entre Compañía Suramericana de Seguros (Líder) en un 70% y la Compañía de Seguros la Andina en un 30%.

Expresa a continuación que al concurrir al proceso las dos aseguradoras, en calidad de demandantes, se parte de la base *"...de una coexistencia de seguros, esto es, de una pluralidad de seguros para un mismo contrato, que los coaseguradores debían asumir en proporción a la cuantía de sus propios derechos (Art. 1.092 C. Co.)"*. Anota que pese a ello, al proceso sólo se trajo el contrato de seguro celebrado con Suramericana de Seguros, más no el ajustado con la Compañía de Seguros La Andina, pacto que por su carácter solemne no puede tenerse por acreditado con la referencia que a él se haga en el anexo de uno de ellos, como lo entendió el ad quem.

En tratándose de coaseguros, explica el censor, los diversos contratos celebrados entre asegurado y aseguradores gozan de identidad y autonomía como fuente de derechos y obligaciones, sin perjuicio de la existencia de relaciones internas entre los aseguradores, al margen de sus respectivos contratos, para el cobro y distribución de la prima *"...con facultades para el denominado "líder", que obra en nombre propio en lo que corresponde a su contrato, y como mandatario del otro u otros aseguradores en algunos aspectos de la relación. Sin que por ello la pluralidad de contratos de seguro se convierta en unidad"*.

El Tribunal, agrega el impugnador, interpretó la coexistencia de seguros como un sólo contrato, es decir, el recogido en la póliza 15596, expedida por Suramericana de Seguros, desestimando así la necesidad de la prueba del otro pacto, sin reparar en que al tenor del art. 1.092 del C. de Comercio, los aseguradores no tienen obligaciones ni derechos solidarios frente al asegurado. En tales condiciones, como Suramericana asumió su obligación por un 70% y al proceso no se allegó la prueba del contrato celebrado con Seguros la Andina S.A., o de pago indemnizatorio efectuado por ésta, el ad quem incurrió en el desacierto que se le atribuye.

Continúa con el desarrollo del cargo, afirmando que la empresa asegurada tenía la carga de aportar la prueba con el fin de demostrar el contrato de transporte, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, de conformidad con lo establecido por el art. 1.077 del C. de Comercio, pero, pese a ello, no presentó prueba del contrato, ni del pago del precio, en tanto que para acreditar el siniestro arrimó copia de la denuncia penal formulada por un empleado suyo, considerada por Suramericana como suficiente para el efecto señalado.

Manifiesta que el certificado de transporte para la concreción del seguro flotante se expidió el 10 de noviembre de 1989, para amparar el transporte efectuado y siniestrado desde el 3 de noviembre anterior. Destaca que en la misma fecha la asegurada dio aviso del siniestro a la aseguradora, acto que de acuerdo a lo previsto por el art. 1.075 ibídem, debió efectuar dentro de los tres días siguientes a su ocurrencia. Adicionalmente, no acompañó prueba del mismo, ni mencionó la fecha de despacho de la mercancía, ni la forma del transporte, ni presentó la carta de porte u otra prueba del contrato, no obstante lo cual Suramericana de Seguros procedió a reconocer y pagar la indemnización, sin parar mientes en que las informaciones en confianza del asegurado no son suficientes para el efecto, pues *"...El sólo hecho de que una aseguradora efectúe en confianza el pago de indemnización, no reviste de legitimidad su acción, sino que ha de soportarla en los elementos y pruebas que son indispensables. Fue eso lo que, en equivocada interpretación de la escasa e incompleta prueba que obra en el c.1 a fls. 3 a 16 tuvo el ad quem por 'soporte documental requerido'*

*para la subrogación de derechos pretendida por las codemandantes en contra del demandado”.*

Con fundamento en lo expuesto solicita casar la sentencia impugnada, para que la Corte, en sede de instancia, desestime las pretensiones de la demanda.

### **CONSIDERACIONES**

**1.** El coaseguro constituye una modalidad de coexistencia de seguros, donde un número plural de aseguradores conviene distribuirse entre sí, frente a un asegurado, en una cuota o valor predeterminados, el mismo interés y riesgo asegurados. Este acuerdo debe formalizarse con la anuencia del asegurado, pues por virtud de él se genera una relación asegurativa autónoma con cada uno de los aseguradores, por la cual se obligan a responderle al asegurado por la cuota o valor respectivo del daño indemnizable, constituyendo ella el límite de lo reclamable frente a cada uno de los aseguradores.

*En la práctica, "...Suele pactarse a través de una sola póliza expedida a favor del asegurado, suscrita por cada uno de los aseguradores, con indicación de sus respectivas cuotas cuyo valor agregado equivale a la unidad del seguro. Uno entre ellos, designado con el concurso de todos, debe asumir - provisto de poderes más o menos amplios - la administración del contrato. Es la compañía leader a cuyo cargo corre la coordinación de las relaciones de los coaseguradores (integrados en un consorcio o pool) con el asegurado. Como tal expide el documento justificativo del seguro, lo entrega al asegurado o a sus intermediarios, recauda la prima, provee a las modificaciones sucesivas del contrato, recibe los avisos de siniestro, da curso a las reclamaciones, encomienda la liquidación o ajuste de los daños indemnizables y, en fin, dependiendo de la amplitud de sus poderes, con o sin la anuencia previa de los demás coaseguradores, paga las indemnizaciones a que haya lugar conforme a las estipulaciones contractuales. Todo ello no obstante la pluralidad de relaciones jurídicas que el coaseguro genera entre el asegurado y cada uno de los aseguradores. Y la ausencia de solidaridad entre éstos”(J. Efrén Ossa G., pág. 171).*

**2.** El propietario o el titular de un derecho real sobre mercancías movilizadas en desarrollo de un contrato de transporte terrestre, puede protegerse de los riesgos inherentes a dicha operación, contratando un seguro de transporte, seguro de daños de naturaleza real, destinado a amparar las mercancías de todas las contingencias propias del acarreo, salvo las excepciones contempladas en el art. 1.120 del C. de Comercio.

La cobertura asegurativa puede otorgarse para un sólo despacho de mercancías, caso en el que se expide una póliza específica, o para una pluralidad de despachos, durante un determinado período de tiempo, para cuyo efecto se emite una póliza automática de transporte que cubre los riesgos amparados a medida que se desarrolla la actividad, sin que se precise del concierto de voluntades particular para cada uno de los episodios.

En las pólizas de esta última clase, se describe de manera general las condiciones del seguro, dejando la identificación o valoración de algunos de sus elementos para ser definidos posteriormente en declaraciones tales como anexos, certificados de seguro u otros medios (art. 1.050 C. de Co). Por consiguiente, no es el certificado de seguro el que otorga el amparo, pues éste se ofrece automáticamente desde el perfeccionamiento del contrato, a medida que van surgiendo los riesgos, lo cual puede acaecer aún antes de concretarse los elementos descritos en abstracto en la póliza automática, resultando por lo tanto indiferente que tales certificados se expidan luego de suceder el siniestro, porque, se reitera, no es del acto de su expedición que pende el cubrimiento del seguro, ya que éste se ofrenda desde el perfeccionamiento del pacto, al tenor de la normatividad vigente para la época de ocurrencia de los hechos materia del litigio, es decir, *"...desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza”(art. 1.036 in-fine C. Comercio).*

**3.** Ocurrido el siniestro, el art. 1.080 del C. de Comercio, vigente para la época de los sucesos, imponía al asegurador el deber de efectuar el pago de la indemnización, derivada del mismo, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el asegurado o el beneficiario le demostrasen, aún extrajudicialmente, su derecho, "*... de acuerdo con el art. 1.077*". Cumplida la obligación, por ministerio de la ley (art. 1096 C. de Comercio), opera la subrogación de los derechos del asegurado, hasta concurrencia del valor efectivamente pagado.

La subrogación establecida por el precepto mencionado, que obra de pleno derecho en tanto el pago se efectúe con sujeción a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, implica para el asegurador hacerse titular de todos los derechos y acciones que el asegurado tenía contra el responsable del siniestro para pretender el pago de la indemnización "*hasta concurrencia de su importe*". A su vez, el responsable podrá oponer al asegurador las mismas excepciones que pudiere hacer valer contra el damnificado.

**4.** Como bien se sabe, el quebranto indirecto de normas de linaje sustancial, instituido como motivo de casación por el art. 368 num. 1º. del C. de P.C., puede originarse en errores de hecho o de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de las pruebas. Por tal razón, cuando se invoca dicha especie de infracción, el recurrente corre con la carga de señalar, con la debida precisión, cuál es la clase de yerro que denuncia. Tratándose del primero, ha de determinar las pruebas inadecuadamente apreciadas y demostrar el yerro cometido. Si acusa el segundo, debe indicar la norma de linaje probatorio que se quebrantó, explicando en qué consiste la infracción y su incidencia en lo dispositivo de la resolución.

**5.** Haciendo gala de una absoluta falta de técnica, el recurrente enjuicia la sentencia del Tribunal endilgándole la infracción indirecta de normas de linaje sustancial, desentendiéndose por completo de la carga de señalar la forma como se produjo su quebranto y de acatar las exigencias inherentes a la clase de yerro denunciado, en orden a formular idóneamente la acusación. Con todo, no obstante que tales omisiones serían suficientes para desechar el cargo, la Corte haciendo abstracción de dichos defectos, procede a verificar si el sentenciador incurrió en los desaciertos de índole probatoria que le imputa el censor, con la dificultad que genera la imprecisión sobre el tipo de error denunciado.

**6.** La legitimación de las aseguradoras demandantes para reclamar del presunto responsable del siniestro, el reembolso de lo pagado a la sociedad asegurada a título de indemnización, en ejercicio de la acción conferida por el art. 1096 del C. de Comercio, la dedujo el Tribunal de los siguientes elementos de convicción: a) del contrato de seguro de transporte de mercancías contenido en la póliza automática No. 15596 y los documentos anexos a ella, obrantes de fs. 3 a 16 del cuaderno principal; b) del pago de la indemnización con la cual se atendió la reclamación de la asegurada por la pérdida de la mercancía, acaecida, según advirtió, encontrándose vigentes tanto el convenio como el amparo del riesgo de falta de entrega de la misma.

La crítica del recurrente frente a la conclusión precedente se finca esencialmente en dos pilares: la ausencia de prueba del contrato de seguro ajustado entre la demandante Compañía de Seguros La Andina S.A. y la sociedad Procesadora de Leches S.A., y "*... haber tenido por demostrados, sin estarlo, los requisitos exigidos por la ley para el pago de la reclamación por seguro de daño que genera la subrogación de derechos del asegurado por el asegurador, también con violación del art. 1096 del C. Co, por apreciación errada de la prueba aportada sobre aviso del siniestro*".

En relación con el primer aspecto, expuso el Tribunal que acerca de "*...el contrato de seguro de transporte, con el soporte y demás documentación anexa (C. No.*

*1, folios 3 a 16), no existe duda ni tampoco ha habido objeción alguna, por lo que su existencia y demostración cuenta con el respaldo legal suficiente. Así mismo, ha de destacarse que en esa documentación se advierte el acuerdo de distribución del seguro entre los dos entes codemandantes, en los términos y proporciones que ahí se indican (...) todo lo cual ratifica la legitimación a los entes sociales supradichos...".*

En los folios señalados por el ad quem, obra copia auténtica de los siguientes documentos: solicitud para póliza automática de seguro de transporte de mercancías, presentada por Procesadora de Leche S.A. "Proleche" a la Compañía Suramericana de Seguros, el 31 de diciembre de 1986 (fl. 3). Póliza automática de seguro de transporte de mercancías No. 15596, contenida en forma preimpresa de la Compañía Suramericana de Seguros, expedida el 9 de enero de 1987, con vigencia a partir del 1º de los mismos mes y año, a la hora de las 4. p.m., en la cual se designó a la sociedad Procesadora de Leche S.A. como tomadora, asegurada y beneficiaria. Como bienes asegurados se identifican, entre otros, "...*todos los despachos efectuados entre ciudades en vehículos de propiedad del Asegurado o de terceros, de ... leche en polvo...*", desde el lugar de origen hasta el lugar de destino final, cubriendo el riesgo de la "...*Falta de entrega*", entendida como "... *la no entrega por extravío o por Hurto y Hurto Calificado, según su definición legal, de uno o más bultos completos (contenido y empaque) en que se halle dividido el despacho*". Indica igualmente la póliza, los riesgos excluidos, la suma máxima asegurada por cada despacho, algunas condiciones particulares del contrato, a las cuales se aunaron las contenidas en el documento visible a fls. 5 a 7 y además se especificó que las compañías Suramericana, La Andina y La Fénix concurrían como coaseguradoras, en una proporción del 60%, 30% y 10%, respectivamente, compañías que junto con el asegurado rubricaron la póliza (fl. 7). Las condiciones generales de la misma, recogidas en el documento que obra a fls. 11 a 16, cuyas cláusulas décima primera y décima segunda regulan lo atinente a la forma de calcular la prima de seguro y su pago. El documento fechado el 16 de febrero de 1987, mediante el cual se convino una extensión de los amparos inicialmente acordados, suscrito por las tres aseguradoras. El documento calendado el 21 de julio de la misma anualidad, haciendo constar que "...*Por instrucciones del asegurado, en carta Nro. 11324 de agosto 24/87, la nueva distribución de las Compañías Aseguradoras que intervienen en la póliza de Transportes Nro. 15596 será: ... Compañía Suramericana de Seguros (Líder) ---- 70% (...) Compañía de Seguros La Andina --- 30%*", suscrito por una y otra. El documento expedido el 21 de diciembre de 1988, con vigencia desde el 19 de diciembre anterior, para aumentar el límite de responsabilidad inicialmente fijado, a los topes que allí se detallan, signado por aseguradoras y asegurado.

Ahora bien, si la póliza mencionada, suscrita por las aseguradoras demandantes en su condición de coaseguradoras, por cuanto se distribuyeron el interés y riesgo asegurados en la proporción determinada, aunada a los anexos que forman parte de la misma, recoge los elementos esenciales y requisitos del contrato de seguro de transporte de mercancías ajustado con Procesadora de Leche S.A., el cual por lo demás se hallaba vigente para la época de ocurrencia de los hechos materia del litigio, necesariamente tiene que concluirse que en ningún desatino incurrió el ad quem, cuando con apoyo en los documentos referenciados halló demostrado el citado contrato (arts. 1036, 1047 y 1048 del C. de Comercio).

Lo anterior, porque si bien es cierto que el coaseguro implica una pluralidad de negocios asegurativos, tal como quedó explicado, esa multiplicidad contractual no repele, per se, la unidad documental, de manera tal que los diversos contratos consten en una misma póliza, más cuando existe identidad de asegurado, riesgo e interés asegurable, pues lo que al fin de cuentas importa es la especificación de los elementos esenciales de cada una de las relaciones, así como la formalización con arreglo a las solemnidades legales, como en este caso ocurrió, incluyendo la firma de la póliza por sendas aseguradoras, conforme a la exigencia del art. 1046 del C. de Comercio, vigente para entonces.

De otro lado, el reproche que el recurrente le hace al Tribunal de interpretar, "*...siguiendo la demanda, la coexistencia de seguros, como un solo contrato*", además de no corresponder a la realidad, pues el fallo impugnado no contiene ninguna argumentación en el sentido indicado, de existir, constituiría un razonamiento de carácter netamente jurídico, cuyo cuestionamiento no resulta dable proponer por la vía elegida por el censor.

En relación con la ausencia de prueba del cumplimiento de los requisitos que incumbían al asegurado para que la aseguradora pudiese efectuar el pago de la indemnización, el recurrente le atribuye al Tribunal inadvertir que aquel no acreditó el contrato de transporte, el pago del precio y la ocurrencia del siniestro. Le endilga, asimismo, no reparar en que la entidad asegurada no dio aviso del siniestro dentro de los tres días siguientes a su ocurrencia, ni informó la fecha de despacho de la mercancía, ni la forma del transporte, amén de no percatarse tampoco que el certificado de transporte se expidió luego, cuando había ocurrido el siniestro de la mercancía cobijada por el seguro.

Sobre las anteriores objeciones debe anotarse que de acuerdo con lo establecido por los textos legales precedentemente mencionados, los reparos del recurrente se cimentan en exigencias no contenidas en la ley, pues aquellos sólo condicionan el pago de la indemnización, a la demostración, por parte del asegurado, de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

Por lo demás, en cuanto tiene que ver con la prueba de la ocurrencia del siniestro, único de los requisitos legalmente exigidos al cual se refiere el cuestionamiento del recurrente, debe acotarse que éste se limitó a expresar que "*...como prueba del siniestro, que Suramericana de Seguros S.A. tuvo, con aquello, como suficiente, le envió copia de la denuncia penal de un empleado suyo, según la cual sucedió un asalto a mano armada en carretera, con hurto de la carga*", sin especificar si el yerro de valoración que le endilga al ad quem se relaciona con la presencia objetiva de la prueba de dicho suceso, o con una apreciación que desborda su contenido, o por el contrario, si el desacierto incumbe a la contemplación jurídica de la prueba del mismo, es decir, si el error fue de hecho o de derecho, que es imprecisión que a la Corte le está vedado depurar para adentrarse en el examen de la acusación.

Finalmente, el yerro por inadvertir que el certificado de seguro No. 475676, expedido en aplicación de la póliza No. 15596, para la concreción de los bienes cobijados por el amparo otorgado en dicha póliza, se extendió en fecha posterior a la ocurrencia del siniestro, resulta anodino para desquiciar la conclusión del Tribunal que viene considerándose, porque como se anticipó, para efectos de la cobertura concreta es indiferente que el certificado se haya expedido luego del suceso, estándose como se está, frente al tipo de póliza que constituye la No. 15596.

Por otra parte, si bien el pago de la indemnización correspondiente al siniestro 1891 que afectó la póliza No. 15596 lo efectuó la Compañía Suramericana de Seguros S.A., de acuerdo al documento que milita a fl. 17 - 1, en ejercicio de sus facultades de líder, lo cierto es que el asegurado dio por recibida la indemnización de parte de aquella "*...y de las Compañías Coaseguradoras, en los porcentajes indicados en el cuadro*", en tanto que Suramericana recibió de Seguros La Andina S.A. la cantidad de "*...\$6.567.374.00 mediante el proceso de cruce de cuentas que se adelanta entre cosaseguradoras, correspondientes a la participación del 30% que dicha aseguradora tiene en la póliza No. 15596 de la Procesadora de Leche S.A. Proleche, afectada por el siniestro de 3 de noviembre de 1989*", conforme a la constancia expedida por la primera, visible a fl. 27 del cuaderno principal, circunstancias que sin lugar a dudas ponen al descubierto la ausencia de razón en el impugnante, pues de acuerdo con los referidos documentos el sentenciador en manera alguna supuso la prueba del pago efectuado por Seguros la Andina S.A.

En armonía con lo anterior, el cargo resulta impróspero.

**CARGO SEGUNDO**

En éste se acusa la sentencia de ser violatoria en forma indirecta, por aplicación indebida, de los artículos "...981, 983 -en concordancia con los arts. 25 y 515-, 989, 991, 992, 1008, 1009, 1010, 1022, 1031, 1035 del C. de Co. y 18 del D. 01 de 1990"; de los artículos "... 864, 871, 3, 5 y 6 del C. Co. en concordancia con el Art. 822 C. de Co., y, por referencia de éste, los artículos 1494, 1495, 1508, 1510, 1581, 1583, 1603, 1618, 1973, 1974, 1982, 1996, 1997, 1999, 2000, 2005, 2008 - 2 del C.C., y los Arts. 174, 176, 177, 187 y 190 del C.P.C." por falta de aplicación, "...todo debido a interpretación errada de pruebas traídas al Proceso".

En su desarrollo comienza el recurrente por expresar que el Tribunal tuvo por demostrado el contrato de transporte de cosas en el cual fincó su decisión, en la carta suscrita "...por el supuesto gerente de la también citada Empresa de Transporte Luis E. Lara, en la que se refiere al transporte de una mercancía de Proleche, la declaración de parte del señor Luis Emilio Lara y las declaraciones de los señores Alvaro Chaverra y José Moncada, además de "la práctica cotidiana y la legislación vigente", según es su texto".

En relación con la carta mencionada en primer lugar, expresa que de no resultar desvirtuada por otras probanzas, el Tribunal dejó de considerar que "...resultaría escrita por la persona jurídica supuesta transportadora", excluida del proceso como consecuencia de la reforma a la demanda presentada por la parte actora, por no poder allegar la prueba de su existencia, en cumplimiento al mandato contenido en el art. 78 del C. de P.C.. Agrega que merced a ello quedó marginado del litigio todo lo relacionado con dicha entidad, incluida la comunicación en mención. Además, advierte que si bien el error cometido al tener por existente la mentada sociedad, cuando Luis Emilio Lara no ha tenido empresa de transportes, se rectificó, con todas las consecuencias legales, la sentencia "... al hablar de la práctica cotidiana y la legislación vigente", insiste en tomar dicha carta como prueba del contrato de transporte invocado, complementándola con la declaración de parte del demandado, cuando la legislación vigente no es prueba de hechos, en tanto que la práctica cotidiana, corresponde a la costumbre mercantil, cuya prueba está supeditada a las reglas contenidas en los arts. 3, 5 y 6 del C. de Comercio, en concordancia con el art. 190 del C. de P.C., sin que de ella exista rastro en el proceso.

Por otra parte, "...la ley invocada como prueba", es decir, el art. 18 del Decreto 01 de 1990, no regía cuando ocurrieron los hechos materia de la demanda y en todo caso sólo contiene una definición del transporte mercantil "... que en nada brinda pie a la idea que el sentenciador quiso armar".

Anota que a tan inconsistentes y vaporosos elementos de convicción, el Tribunal agregó la declaración de Alvaro Chaverra y "la carta de porte o memorando No. 1393, suscrita por el mismo", para tener por acreditado el contrato de transporte mencionado.

En relación con la primera, manifiesta que de haber analizado el ad quem dicha declaración, en todas sus partes, habría observado que "...él, Chaverra, fue chofer del cabezote en el viaje dispuesto por Proleche, porque así arrendaba el señor Lara su equipo de tracción, conducido por dependiente suyo pero no para transportar mercancía sino para traccionar el furgón de Proleche, al sitio, en el día y en la forma determinados por ésta, en los que nada tuvo que ver el demandado Lara". Para explicar tal acusación expresa que hubo dos viajes organizados por Proleche: uno de Medellín a Cereté, sin transportar carga y otro de Cereté a Medellín, en los cuales el tractocamión hizo el mismo trabajo: "... en el primero, de tracción del furgón de Proleche, como ésta lo había puesto, vacío o lleno; en el segundo, traccionar el mismo furgón, como Proleche lo había puesto", sin que pueda argumentarse que en el primer viaje no existió contrato de transporte comercial, por no

transportarse carga, pues el contrato que se configuró fue de *"locación de cosa, consistente en un equipo de tractocamión manejado por persona de confianza del propietario, como hoy se hace con todo arrendamiento de equipo delicado (tractores, excavadoras, equipos de precisión) sin que por eso se altere la naturaleza del contrato"*.

Argumenta que si bien el Tribunal desechó la existencia de un contrato de arrendamiento de equipo entre el demandado como arrendador y Proleche como arrendataria, afirmó que Proleche *"arrendó o prestó el furgón"* al demandado, confundiendo éstas dos figuras jurídicas. Recaba que al confundir el fenómeno físico del transporte con la institución jurídica del contrato de transporte, el ad quem admitió la existencia de un contrato de comodato o de arrendamiento, no alegado ni probado por ninguna de las partes, *"...todo con base en un juicio muy exótico según el cual el furgón, por ser "administrículo inerte" no hace parte del transporte, sino que éste lo realiza la que se denomina "parte dinámica", cuando el transporte de carga se realiza con el conjunto de partes o elementos empleados en ello, pues el furgón o jaula no es administrículo inerte, como finge el fallo, sino parte móvil destinada al transporte, de acuerdo al art. 2º. del Código Nacional del Transporte, en tanto que el tractocamión no puede técnica ni legalmente efectuar por sí sólo el transporte de carga, porque su finalidad es hacer la tracción de la jaula o furgón. ...Ninguno de los dos sin el otro puede hacer transporte"*.

Manifiesta que al estar concordado por las partes que los dos instrumentos que conformaron el vehículo de transporte de la carga eran de propiedad, uno del demandado y el otro de Proleche, resulta injurídico afirmar que por la sola propiedad de uno de ellos existió un contrato de transporte, por cuanto era necesario acudir a otros elementos de juicio existentes en el proceso cuya consideración omitió el sentenciador, entre ellos los constitutivos de la empresa, de acuerdo con lo establecido por el art. 25 del C. de Comercio, para colegir que Proleche es quien tiene organizada una actividad económica para la circulación de mercancía, contando para tal efecto con todo un sistema de transporte que incluye sus propios tractocamiones y furgones, personal dedicado a la actividad y horarios de despacho de vehículos y de mercancía. Aunque esta empresa si bien es para su servicio interno, por ello no deja de ser empresa, circunstancia que emerge de la inspección judicial realizada en el curso del proceso, los testimonios de Alvaro Chaverra, José María Moncada *"y los demás traídos al proceso"*, en tanto que Lara sólo es propietario del cabezote o tractocamión, *"... cuyo uso esporádicamente contrataba con Proleche"*.

Seguidamente el censor discurre sobre el contenido de los arts. 983 y 991 del C. de Co., antes de la reforma que les introdujo el Decreto 01 de 1990, en torno a las relaciones que se suscitan entre el *"...propietario del vehículo diferente del empresario de transporte"*, coligiendo que uno y otro se refieren a las empresas de servicio público de transporte y que en el asunto sub-júdice no se estructura la hipótesis prevista en el art. 983, por no existir contrato de vinculación, sino que *"...Proleche, empresa particular, fue arrendataria del cabezote o tractocamión, para la tracción de su furgón, en el que habría de ser transportada entre sus plantas su cargamento de leche en polvo, bajo la dirección del jefe de Transportes de la misma empresa, señor Moncada."*

Otra ficción de la sentencia impugnada, prosigue el recurrente, es la de una supuesta carta de porte, tomando por tal *"...el recibo de mercancía que el conductor Chaverra firmó en Cereté como documento interno entre plantas de Proleche"*, pues de poder aceptarse como dicho documento, se constituiría en la única prueba admisible del contrato de transporte, en tanto que el remitente o el destinatario sólo podrían hacer efectivos los derechos resultantes del pacto, en caso de ser tenedores legítimos de la misma, e igualmente habría que atenerse a sus términos, sobre nombre y dirección del destinatario, lugar de la entrega, naturaleza, valor, número, peso y volumen de las cosas, nada de lo cual consta en el aludido documento. Contrario a lo afirmado por el Tribunal, manifiesta el casacionista, no existe ninguna prueba de la existencia de un contrato de transporte comercial a cargo del demandado, pues todo el acervo probatorio apunta a demostrar *"...que la relación*

*contractual entre éste y Proleche, consistió en la entrega del tractocamión a Proleche, para el uso que la misma Proleche indicara, por un canon o precio”,* mientras que el objeto de dicho convenio, no empece su importancia, no fue objeto de análisis por parte del sentenciador.

Considera que si a pesar de la ausencia de elementos probatorios se admitiese que Luis Emilio Lara tuvo la intención de celebrar el tantas veces mencionado contrato de transporte con Proleche, habría que establecer qué fue lo que se obligó a conducir: la mercancía, que no sabía en qué consistía, ni su volumen, forma de empaque o valor, ni cuándo o de dónde y hacia qué lugar habría de portarla, o solamente el furgón de Proleche: vacío o cargado, debiéndose inferir que su compromiso se contrajo a lo último, habida cuenta que conducir, con vehículos propios o arrendados, leche en polvo y otros elementos entre sus plantas de producción, era negocio de Proleche. Consecuentemente habría que deducir que satisfizo su obligación con la entrega del bien arrendado, pues si bien en la modalidad del arriendo pactado la responsabilidad se extendía a la debida conducción del tractocamión por el chofer, este aspecto no fue objeto de reproche ni se constituyó en materia del proceso.

Agrega que así el conductor Alvaro Chaverra, fuera dependiente de Lara, la declaración de parte de éste y los testimonios del mismo Chaverra y de José María Moncada, tachado por parcialidad, revelan que el chofer fue puesto a órdenes de Moncada, a la sazón Jefe de Transporte de Proleche, junto con el tractocamión y así quedó delegada la dependencia de Lara a Proleche, circunstancia que no tuvo en cuenta el Tribunal al tomar la vinculación laboral del conductor como factor determinante del contrato de transporte.

Por la razón expresada, prosigue, *"...cuando Chaverra firmó el recibo de leche en polvo en Cereté, no lo hizo por órdenes y como dependiente de Luis Emilio Lara sino por órdenes y como subordinado para ese efecto, de José María Moncada, vale repetir, de Proleche".*

Con fundamento en lo anterior solicita casar el fallo recurrido para que la Corte, en sede de instancia, revoque la sentencia del a quo y en su lugar desestime las pretensiones de la demanda.

### **SE CONSIDERA**

**1.** Mediante el contrato de transporte mercantil, una parte, denominada transportador, transportista o porteador, se obliga con otra, a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y en el plazo fijado, personas o cosas, y a entregar éstas a su destinatario, a cambio de un precio denominado flete o porte (art. 981 C. de Comercio). Tratándose de un contrato eminentemente consensual, su perfeccionamiento sólo precisa el concierto de voluntades de las partes contratantes *"...y su prueba puede hacerse por cualquiera de los medios legales establecidos por el código de procedimiento civil (arts. 822 y 981 del C. de Co), máxime cuando no se expide carta de porte, pues cuando ocurre lo contrario tal documento facilita la prueba"*(Cas. Civ. del 9 de octubre de 1980).

Por virtud de dicho pacto, el transportador queda principalmente obligado al desplazamiento de las personas o cosas objeto del mismo al lugar de destino, desplazamiento que en todo caso constituye la finalidad misma del transporte y puede ejecutarse utilizando cualquier clase de medio, sin perjuicio desde luego que los contratantes, en ejercicio de las autonomía que les asiste, fijan el que debe utilizarse para efectuarlo.

Cuando para ello se empleen vehículos, éstos pueden ser o no de propiedad del transportador, conforme lo dan a entender los arts. 983 y 984 íbidem, cuando el primero autoriza a la empresa transportadora prestar el servicio en vehículos que no sean *"de su propiedad"*, celebrando *"con los dueños de éstos el respectivo contrato de*

*vinculación*”, o para *“encargar la conducción, en todo o en parte a terceros”*, sin que por ello se modifiquen los términos del contrato. Puede, en consecuencia, destinar al efecto, vehículos propios, o aquellos que sólo detente por virtud de un título de mera tenencia, e inclusive de propiedad de la persona que debe transportar, o del dueño de las cosas que debe trasladar, porque lo esencial es que sea él quien tenga el poder y dirección de la operación del transporte, pues en caso contrario el contrato podría derivar en otra especie de relación negocial. En otras palabras, la propiedad del automotor en el cual se hace el desplazamiento de la mercancía, es insustancial para la identificación del concepto legal de transporte, porque lo que caracteriza este tipo de negocio es la existencia de una persona llamada porteador o transportador que directamente asume la obligación de trasladar las cosas del lugar de origen al sitio de destino, bajo su propia custodia, recibiendo como contraprestación un precio.

De manera que es ese poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, atribuible al porteador, el que permite caracterizar y diferenciar el transporte de otros contratos, tales como el arrendamiento de vehículo y el *“contrato de remolque”*, porque en estos últimos, conforme al entendimiento de la jurisprudencia y doctrina externas, la operación o el hecho físico del desplazamiento del vehículo arrendado o remolcado, queda bajo la dirección y control del arrendatario o del remolcado. Concretamente, Rodière, citado por Tamayo Jaramillo, plantea la diferencia cuando expresa: *“El transportador debe tener la gestión a la vez técnica del vehículo y comercial del desplazamiento que efectúa. Es este dominio lo que justifica la pesada responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se ha hecho cargo de la mercancía. Este dominio marca la independencia del empresario en relación con el estado de dependencia jurídica de un asalariado ligado por un contrato de trabajo y es el motivo por el cual no sabríamos, como se intentaba a veces en el siglo XIX, asimilar el contrato de transporte a un contrato de arrendamiento de servicios”*.

**2.** Incurriendo en la mismas deficiencias advertidas en el cargo anterior, el recurrente le atribuye al sentenciador infringir indirectamente las normas sustanciales precedentemente relacionadas, sin especificar la forma como se produjo tal infracción. Con todo, haciendo abstracción de tales falencias, debe señalarse que en todo caso el cargo no está llamado a prosperar, como enseguida se verá.

El Tribunal dedujo que *“... el contrato celebrado entre el remitente y el demandado, es un contrato de transporte, debidamente comprobado a través de la declaración de parte del último y de su carta dirigida a la remitente, son documentos que obran ( en el cuaderno No. 1, folios 22, y C. No 4, folios 1 a 3); y aún la declaración del conductor Alvaro Chaverra, dependiente del demandado (C. No. 4, folios 22 y ss.). Adiciónase a esto la carta de porte o memorando No. 1393, suscrita por el mismo conductor en la que se refiere el despacho de la leche en polvo; que es igualmente corroborado en su declaración”*.

El censor enjuicia la conclusión fáctica extraída por el ad quem, pues en su opinión los elementos probatorios cuya errónea apreciación le endilga, demuestran que lo verdaderamente convenido por las partes fue un contrato de arrendamiento del tractocamión, obrando Luis Emilio Lara como arrendador y Proleche como arrendataria, por el cual el primero entregó el *“...tractocamión a Proleche, para el uso que la misma Proleche indicara, por un canon o precio”*. Considera que de admitirse, contra toda evidencia procesal, la celebración de un contrato de transporte entre las mismas partes, idénticas pruebas revelan que el objeto del convenio no era el acarreo de mercancía, porque el transportador ignoraba en qué consistía, su volumen, forma de empaque, valor, cuándo, de dónde y hacia qué lugar habría de portarla, pues realmente se trataba del desplazamiento del furgón de Proleche, en las condiciones que ésta quisiese, es decir, vacío o cargado.

Refiriéndose a la declaración de parte del demandado, expresa que el Tribunal no señaló de dónde extrajo semejante conclusión. Respecto del testimonio del conductor, Alvaro Chaverra, estima que de haberlo apreciado en toda su extensión, habría *"...encontrado que confirma la posición del demandado, de que él, Chaverra, fue chofer del cabezote en el viaje dispuesto por Proleche, porque así arrendaba el señor Lara su equipo de tracción, conducido por dependiente suyo pero no para transportar mercancía sino para traccionar el furgón de Proleche, al sitio, en el día y en la forma determinados por ésta, en los que nada tuvo que ver el demandado Lara"*.

Como el desacierto que en el punto le achaca el recurrente al Tribunal se relaciona con la contemplación objetiva de los elementos probatorios relacionados, en cuanto le imputa extraer de ellos conclusiones fácticas que no emergen de su real contenido, examinados por la Sala con el propósito de establecer si el sentenciador incurrió en el yerro de valoración probatoria que se le atribuye, en el tópico preindicado, se observa:

Luis Emilio Lara Buitrago, en su declaración de parte, manifestó que el 3 de noviembre de 1989 era propietario exclusivo del vehículo de placas LG 43-43, cabezote, época para la cual *"... A mí me llamaba Jesús María Moncada al taller y me decía necesito un cabezote para un transporte a tal parte podría ser Yarumal o a Cereté, porque el que organizaba los viajes era él y no yo, entonces me decía que le mandara un cabezote y yo se lo mandaba y él le decía al conductor que para tal parte (...), el conductor iba cuadraba el carro con su furgón y se lo cargaban los de la compañía y se venía a traer el viaje a Medellín. El cabezote no sirve sino para engancharlo a un trailer, un furgón y un tanque que era los aparatos que tenía Proleche para engancharlo al transporte y una vez enganchedo el furgón se le echaba la carga y la traían y descargaban en el sitio que decían, del resto solo no servía para nada"*. Agregó que el furgón de Proleche que se enganchó al cabezote de su propiedad, al cual se refirió en la carta remitida a dicha entidad el 4 de diciembre de 1989, cuya rúbrica reconoció, no tenía motor, se sujetaba al cabezote por medio de *"... una parte que se llama quintarueda"*, y no contaba con conductor independiente. Expuso que desde aproximadamente un año atrás, venía utilizando regularmente el cabezote de placas LG 43-43 para *"...transportarle leche a Proleche"*. Preguntado por las condiciones en la cuáles efectuaba dicho transporte, respondió que *"... los fletes eran de Cereté a Medellín era de \$8.050 la tonelada y después nos hicieron un pequeño reajuste que no recuerdo de cuánto fue, porque ellos decían que estaba barato. (...) Ellos normalmente despachaban los carros a las 6 o siete de la mañana de Cereté a Medellín y en esa fecha no se a que salió, los choferes iban directamente a la planta de Proleche en Cereté..."*. Advirtió no saber a que horas lo cargaban y lo despachaban, es decir, si era en las horas de la mañana o en las horas de la tarde, porque si se comunicaba con el administrador de Proleche en Medellín le avisaban que estaban despachando el carro, pero no le indicaban la hora, pues eso era del manejo interno de la compañía. Manifestó que muchas veces ignoraba para dónde iban a despachar el carro, por cuanto *"... el despachador directo era Jesús María Moncada y en Cereté era el administrador de allá"*. Interrogado por el contenido del furgón enganchado al cabezote de su propiedad para el viaje de Cereté a Medellín, manifestó tener entendido que se trataba de un viaje de leche y no saber su valor *"... porque allá nunca me dijeron este kilo de leche o estos 30 kilos valen tal precio, tampoco sabía yo cuanto era el tonelaje iba a ser el despacho"*, acotando que nunca le informaron que le iban a pagar un sólo centavo por ese viaje, ni formuló cuenta, pues esperaba algún comunicado de Proleche, el cual nunca llegó. Expresó que dicha entidad no le exigió ningún documento para acreditar la conducción de la mercancía *"... y únicamente le hacían firmar al conductor una planilla por el despacho"* (fls. 1 a 3 - 4) .

Alvaro León Chaverra Franco, conductor del cabezote de propiedad del demandado, manifestó conocerlo desde unos tres años antes de rendir su declaración (6 de abril de 1992), porque había trabajado para él, como conductor de una mula, correspondiéndole *"... mover leche en polvo, maquinaria, leche líquida, cemento"*, siendo

algunos de los cargamentos remitidos por Proleche. Expresó que percibía un sueldo de cinco mil pesos, un porcentaje y prestaciones sociales. Que Luis Emilio Lara era propietario de otros vehículos y *"... movía mucho mercancías a Argos y Proleche"*, cobraba los fletes o costos del transporte y sufragaba los gastos de mantenimiento y acondicionamiento del vehículo manejado por él. Preguntado por la entrega de la mercancía transportada en el viaje realizado desde Cereté a Medellín, relató que allí se la entregó la persona encargada de la bodega *"... me parece que Randi y los señores cotereros"*, exigiéndole firmar una planilla que dan en Proleche, en la cual se especifican la cantidad de bultos y la clase de leche, aspectos que verificó por estar presente cuando se cargó el carro, viendo que *"... los arrumes estén completos y los bultos que le entreguen a uno"*. Dijo que la leche cargada en el furgón estaba almacenada en una bodega y de allí se pasaba al furgón. Que luego de cargarse el furgón, encontrándose pegado ya al cabezote, enganchamiento que él mismo realizaba, verificaba que las puertas estuvieran cerradas. Expresó que en el furgón no viajaba ningún empleado de Proleche que tuviese a su cargo la vigilancia de la carga. Interrogado acerca de si una vez recibido el furgón y la carga era él *"...la única persona a quien correspondía el traslado de ese furgón y la vigilancia del mismo y de su carga hasta Medellín"*, contestó: *"... Sí, porque era que yo estaba a cargo del carro y del viaje"*. Agregó que Luis Emilio Lara le entregó los papeles del carro, consistentes en la tarjeta de operación, del seguro y matrícula, mientras que Proleche le dio la tarjeta del trailer. Añadió que la remisión y cumplido eran entregados por la persona que le daba la carga. Expuso que el furgón empleado a principios de noviembre de 1989 para el transporte de la carga mencionada no era de propiedad de Luis Emilio Lara sino de Proleche, tiene 18 llantas, dos series y necesita acoplarse en otro para poderse movilizar. Manifestó, además, que en esa oportunidad viajó en el tractocamión del demandado hasta Cereté, pues *"... Proleche le pagaba a don Luis y le prestaba el furgón a don Luis, él permanecía o don Luis con el furgón y cuando no había viaje de leche en polvo en el furgón entonces desenganchaba uno y enganchaba un tanque de leche líquida. Esa vez el furgón lo tenía yo y yo a mí en Medellín Proleche me dio la orden para que yo fuera a cargar a Cereté, esta orden me la dio Jesús Moncada y la orden era para cargar un viaje de leche"*. Por último, al preguntársele si en esa oportunidad Luis le especificó cuál era la carga a transportar, respondió: *"...La tarifa de don Luis, don Luis lo único que hacía era mandar el cabezote a Proleche y allí le decían a uno don Jesús María Moncada quien era como el segundo jefe mío que era lo que uno tenía que cargar"*. Especificó que el cabezote solo, sin trailer, no podía transportar mercancía alguna.

Como resulta del compendio anterior, el sentenciador no incurrió en el desacierto que se le imputa, porque de tales pruebas no emerge, ni por asomo, el contrato de arrendamiento del vehículo de placas LG 43-43, por parte del demandado Luis Emilio Lara Buitrago a Proleche, propuesto por el impugnador, pues en forma alguna develan que aquel hubiese concedido el goce del vehículo en mención, provisto de conductor, a Proleche, para que ésta le diese la utilización que estimase conveniente, quedando a sus órdenes el conductor del automotor. Por lo demás, es claro que el señor Lara Buitrago siempre ha asumido la posición de empresario de transporte de mercancías, como claramente lo hace notar su propio conductor y se colige del trato desarrollado con distintas empresas, entre ellas Proleche.

Por el contrario, la conclusión del fallador, alusiva a la celebración de un contrato de transporte, entre las misma partes, para la conducción del cargamento de leche descrito en el documento suscrito por Alvaro Chaverra, conductor asalariado del demandado, no resulta marginada de lo que dichas pruebas exteriorizan, pues conforme a ellas, en desarrollo de una mecánica previamente concertada con Proleche, el demandado Luis Emilio Lara Buitrago, por conducto de Alvaro Chaverra, empleado suyo, envió a Cereté el tractocamión de placas LG 43-43 con el objeto de recibir la mercancía que debía conducir, a cambio de un flete previamente convenido con la remitente (de acuerdo al tonelaje de carga transportado), desde allí, hasta la ciudad indicada por la remitente, mercancía que recibió el conductor, con pleno conocimiento de sus especificaciones, cargada en un furgón de propiedad de Proleche, acoplado al tractocamión mencionado, circunstancia que según

advirtió el Tribunal, no desnaturaliza el aludido pacto, por cuanto el control de la operación de transporte, efectuada en el vehículo compuesto en la forma descrita, lo asumió íntegramente el transportador, porque las órdenes impartidas por la remitente estaban dirigidas a fijar las condiciones en las cuales habría de producirse la entrega de la carga, (lugar, día, hora), más no a controlar la ejecución del transporte, es decir, la movilización de la mercancía, actividad en la cual el transportador conservó plena autonomía, como lo admitió el mismo conductor, quien al ser cuestionado sobre el particular fue enfático en afirmar que recibida la leche sólo él quedaba a cargo del carro y del viaje.

Por razón de lo anterior, así el sentenciador hubiere cometido los errores que se le endilgan como consecuencia de inadvertir que la carta fechada el 4 de diciembre de 1989, visible a fl. 22 del cuaderno principal fue suscrita por la sociedad Transportes Luis Emilio Lara; considerar como carta de porte el documento firmado por el conductor, visible a fl. 20 del mismo cuaderno y no percatarse que Proleche, *"...tiene organizada una actividad económica para la circulación de mercancía"*, disponiendo *"...de todo un sistema de transporte, incluidos sus propios tractocamiones y furgones, patios de carga, su personal a ello dedicado, sus horarios de despacho de vehículos y de mercancía..."*, tales yerros a la postre resultarían intrascendentes, pues el contrato de transporte celebrado entre las partes, en los términos y para el fin señalado, seguiría sustentado probatoriamente en los elementos de convicción precedentemente mencionados, indemnes del ataque propuesto en su contra.

Similar acotación cabe hacer en torno al cuestionamiento concerniente con la especie de relación negocial que medió entre las partes para permitir la utilización del furgón de propiedad de Proleche en la movilización de la carga, porque aún en el evento de haber desacertado el juzgador al concluir que se trató de un contrato de arrendamiento o de un contrato de comodato, sin sustento probatorio alguno, lo cierto es que la conclusión fáctica enjuiciada por el censor no sufriría ninguna variación, pues la determinación y prueba de tal circunstancia carece de ingerencia en la estructuración del contrato de transporte, porque como ya se explicó, es el control y dirección de la operación lo que al fin de cuentas lo identifica, lo cual fue objeto de comprobación.

Por otra parte cabe advertir la falta de simetría que guarda la crítica formulada al fallador por inferir el contrato premencionado de la práctica cotidiana y la legislación vigente, porque la argumentación verdaderamente expuesta por éste se concretó a invocarlas para precisar en quién puede concurrir la calidad de transportador, tópico sobre el cual expuso que en la práctica, *"...son múltiples los acuerdos de transporte celebrados entre personas naturales, que tienen todos los efectos legales que les asigna el Decreto 01 de 1.990, particularmente en su artículo 18..."*; alegación que por ende resulta vana para el fin pretendido, pues la presunción de legalidad y acierto que por principio ampara la sentencia del Tribunal, sólo puede destruirse desquiciando los argumentos que le sirvieron de pilar, no los que por su cuenta quiera introducirle el impugnador.

Por lo expuesto, el cargo no está llamado a prosperar.

### **CARGO TERCERO.**

En éste se acusa la sentencia de quebrantar, en forma directa, los artículos 63, 64 (Art. 1o. de la L. 95 de 1890) y 1604 del C.C.; 822 y 992 del C. Co., por interpretación errónea.

En lo fundamental de la acusación dice el recurrente que *"...En la hipótesis, que la prueba traída al proceso desvirtúa, de que entre la sociedad Proleche S.A. y Luis Emilio Lara se hubiera celebrado contrato de transporte de leche en polvo, habría que analizar que ninguna disposición legal ha modificado el sistema de responsabilidad del transportador, como el fallo impugnado - apoyándose equívocamente en sentencia de la H.*

*Corte- interpreta, de forma que coloca al transportador en la azarosa inferioridad de que la piratería terrestre, el asalto en carretera, no constituyen para él fuerza exonerante, si no demuestra que tomó todas las medidas necesarias para evitarlo, sin analizar que ninguna medida está a su alcance para evitar esa piratería que mina el transporte de carga en el país y que para evitar ese riesgo solamente le queda el camino de abstenerse de ejecutar el transporte, vale decir, de incumplir voluntariamente el contrato. Lo que envuelve una contradicción.*

Continuando con el desenvolvimiento del cargo expresa que en materia de responsabilidad del transportador, la única diferencia introducida por el art. 992 del C. de Co. a la regla consagrada en el art. 1604 del C.C., consiste en que la fuerza mayor que impida el cumplimiento del contrato, cuya prueba corresponde a quien la alega, debe haber ocurrido sin "*culpa del transportador*", previsión que a su juicio acompasa con lo prescrito por el inc. 2º. del art. 1604 citado, en cuanto condiciona la "*aplicabilidad de la fuerza mayor o caso fortuito, a que no haya sobrevenido por culpa del deudor*". Así pues, prosigue el recurrente, la fuerza mayor debe ser probada por quien la alega, y la culpa del deudor que la desvirtúa, por quien la imputa, salvo que exista presunción contra el obligado, pues la negación del transportador consistente en que la fuerza mayor no ocurrió por su culpa, es indefinida.

Situándose en el campo del contrato de transporte, manifiesta que el art. 2073 del C.C., prevé que el acarreador es obligado a la entrega de la cosa, en el paraje y tiempo estipulados, salvo que pruebe fuerza mayor o caso fortuito, advirtiendo que "*... no podrá alegarse por el acarreador la fuerza mayor o caso fortuito que pudo con mediana prudencia o cuidado evitarse*". Por otra parte, el art. 992 del C. de Co. prescribe que "*... El 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 ... y además adoptó todas las medidas razonables que hubiera tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación*".

Manifiesta a continuación que el conductor de un vehículo de carga no tiene porque ser diestro en el uso de las armas, máxime cuando por regla general no las puede portar. Anota que éste debe centrar su atención en el timón, no en las armas, lo cual le impide fugarse fácilmente del ataque, "*... única defensa que el ciudadano de a pie puede intentar, las más de las veces con letales consecuencias*". Agrega que es tan extrema la situación de inseguridad que se padece, que la única medida de prevención que podría tomarse para evitar el asalto a mano armada en parajes despoblados sería abstenerse de transitar por ellos, circunstancia que llevada al contrato de transporte de carga y pasajeros por las carreteras troncales y por aquellas "*... en las que ataca la piratería terrestre*", implicaría su negación.

A partir de dicha conclusión expresa que en el examen de la configuración de la fuerza mayor debe campea el sentido común; que la exoneración de responsabilidad por razón de ella no exige "*medidas no razonables e imposibles*", sino la "*mediana prudencia y cuidado*" a que alude el art. 2073 del C.C. Que la imposibilidad de resistir no debe ser sobrehumana sino razonable. Recaba que el Tribunal no debió analizar si el demandado demostró o no, haber tomado medidas para resistir el asalto de bandoleros, sino establecer si tal suceso era irresistible o susceptible de ser resistido con mediana prudencia o cuidado, es decir, si era razonablemente irresistible. De considerar que era previsible y podía ser evitado, sin dejar de cumplir la obligación porteadora, debió señalar lo que había podido hacerse para el efecto, pues si "*...nada puede razonablemente hacerse, nada puede judicialmente exigirse*".

Argumenta que el Código de Comercio ya no exige siquiera la fuerza mayor para exonerar de responsabilidad al transportador, por lo que "*...al menos en*

*principio, no es necesario probar las calidades de imprevisible e irresistible del hecho". Destaca que en el asunto sub-júdice Proleche es quien tiene una organización para el transporte de leche en polvo entre sus plantas procesadoras, fue quien dirigió la operación del transporte, tenía que estar al tanto de los riesgos de piratería en la vía utilizada, luego si no tomó ninguna medida para prevenir el asalto "...y eso es motivo de imputación de responsabilidad indemnizatoria, ¿ha de beneficiarse de lo que en tal razonamiento sería su propio descuido?".*

De otro lado, manifiesta que el asalto en carretera es un riesgo del cual la actividad aseguradora hace su negocio, *"... Porque (...) conocedora de los riesgos que asegura, los asume como su negocio. Por eso el contrato de seguro, a diferencia del de arrendamiento de cosas y el de transporte, es aleatorio. Y esto no lo vio el fallador ad quem, que también quebrantó los arts. 1.036 y 1.045, al no haberlos aplicado debiendo haberlo hecho, por error de juzgamiento"*.

Para culminar expresa que el Tribunal quebrantó los arts. 2341 y 2356 *"... conexos por el art. 822 C. Co al aplicarlos no debiendo hacerlo"*, por atribuir *"... presunción de culpa a la actividad que supuso al demandado"*, como consecuencia de considerar el transporte de carga como una actividad peligrosa y consecuentemente presumir la culpa del transportador, trasladándole la carga de probar *"...la diligencia imposible para evitar la piratería terrestre, en un país flagelado por ella"*. Agrega que *"...La índole de una actividad para establecer la peligrosidad que genera la presunción de responsabilidad de la índole examinada, no se determina por la posibilidad de que en un determinado estado de inseguridad sea víctima de daños, sino por la posibilidad de que esa actividad los ocasione en razón de su misma naturaleza"*.

Con los anteriores fundamentos solicita casar el fallo del Tribunal para que la Corte, obrando en sede de instancia, revoque la sentencia de primer grado y en su lugar acoja la excepción de fuerza mayor.

### **SE CONSIDERA**

**1.** En los términos del art. 992 del C. de Co., vigente para la época en la cual ocurrieron los hechos materia de este proceso, el transportador podía exonerarse, total o parcialmente, de la responsabilidad derivada de la inejecución, la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, entre otras causas, cuando acreditaba la ocurrencia de un suceso constitutivo de fuerza mayor, siempre que ésta no hubiese sucedido por descuido o culpa suya.

La fuerza mayor está definida por el art. 1º. de la Ley 95 de 1890, como *"...el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."*, definición de la cual emergen sin dubitación los caracteres esenciales del hecho que la constituye, esto es, la imprevisibilidad, es decir, que en circunstancias ordinarias, no resulte factible contemplar con antelación su acaecimiento, y la irresistibilidad, o sea, la imposibilidad de evitar su ocurrencia y superar sus consecuencias.

Si sólo puede calificarse como tal, ha precisado la Corporación, *"...el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho"*(Cas. Civ. del 20 de noviembre de 1989).

En consecuencia, la verificación objetiva de la concurrencia de los elementos señalados en el acontecimiento específicamente aducido como estructurante de tal fenómeno, es cuestión que compete a los juzgadores de instancia, en ejercicio de la autonomía que les asiste en la apreciación de las cuestiones de hecho, mediante la debida evaluación de los elementos de prueba traídos al proceso. Por tal razón, si desaciertan en dicha labor y merced a ello quebrantan normas de linaje sustancial, tal yerro estructura la primera de las causales de casación consagradas por el art. 368 del C. de P.C., por violación indirecta de las mismas, pues la infracción directa de preceptos de tal estirpe presupone el acierto del juzgador en la apreciación y valoración del haz probatorio y por contera la inexistencia de reparos frente a la consideración de los elementos fácticos y probatorios del proceso.

Bajo la perspectiva anterior, es clara la falta de técnica que acusa el cargo, pues no empece denunciar la violación directa de los preceptos de derecho sustancial inicialmente relacionados, por haber sido erróneamente interpretados por el ad quem, el recurrente lejos de mostrar conformidad con las conclusiones que en el ámbito probatorio extrajo el sentenciador, irrumpe en dicho campo para tratar de evidenciar la irresistibilidad del suceso que impidió el cumplimiento de la obligación del transportista, la inexistencia de medida distinta de la inejecución del transporte para evitar su acaecimiento y aún la exención de prueba de la manifestación del transportador de no haber tenido culpa en él, por su carácter indefinido o cuando expresamente dice que Proleche *"es quien tiene una organización para el transporte"* y *"fue quien dirigió la operación del transporte"*, circunstancias que a no dudarlo ponen de manifiesto la ineptitud del ataque e impiden afrontar su examen de fondo, pues como lo ha reiterado la doctrina de la Corte, cuando se denuncia el quebranto directo de la ley sustancial *"...la actividad dialéctica de la censura, para que resulte ajustada a la técnica del recurso, tiene que realizarse necesaria y exclusivamente respecto de los textos legales que considere infringidos, y en todo caso con prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el ad quem haya hecho con el material probatorio"*(G.J. t. CXXXII, pág. 193).

Por otra parte, el error atribuido al ad quem no puede edificarse en la transgresión del régimen liberatorio de responsabilidad del transportador consagrado por el art. 10 del Decreto 01 de 1990, modificadorio del art. 992 del C. de Co., conforme al cual sólo se precisa que la causa del daño sea extraña al porteador, tornando innecesario, en principio, *"...probar las calidades de imprevisible e irresistible del hecho"*, pues el vigente por la época de ocurrencia de los hechos materia de este proceso, era el original art. 992 de dicha normatividad, al amparo del cual se adujo y decidió sobre la eximente de responsabilidad en mención. Ahora, así la norma hubiese estado vigente dado su contenido idéntico el fallo hubiese sido igual, razón por la cual la denuncia deviene en vana.

Igualmente resulta desatinado atribuirle la infracción directa de los arts. 2341 y 2356 del C. C., por aplicación indebida, como consecuencia de la presunción de la culpa del transportador por considerar peligrosa la actividad del transporte, pues la argumentación expuesta en el fallo impugnado alude a la presunción de culpa *"... que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato"*, más no a la que gravita sobre quien ejerce la actividad señalada por el censor.

En consecuencia, el cargo no se abre paso.

#### **CARGO CUARTO**

Mediante él se acusa la infracción directa de los artículos 1564, 1605, 1608 y 1609 del Código Civil; 822, 870, 1009, 1020, 1024 y 1035 del C. de Comercio, *"...por interpretación equivocada"*

En el desarrollo del cargo explica el recurrente que los arts. 1.009, 1.020, 1.024 y 1.035 del C. de Comercio, protegen los derechos del contratista transportador, los cuales se tornan nugatorios por razón de la desacertada interpretación del último por parte del Tribunal, quien de paso hizo tabla rasa de los principios de las obligaciones bilaterales contenidos en los arts. 1.564, 1.605, 1.608 y 1.609 del C.C.

Con el propósito de demostrar la acusación, manifiesta que el texto del art. 1.035 del C. de Comercio es claro cuando condiciona el ejercicio de los derechos del remitente o del destinatario, al cumplimiento de la obligación de pagar el flete al transportador. Agrega que en tal sentido se propuso la excepción "*non adimpleti contractus*", pues cuando la ley estatuye que en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora mientras la otra no haya cumplido lo suyo, no está disponiendo que la mora de una de las partes releva a la otra de sus responsabilidades, "*... sino que, estando como está apoyado el cumplimiento que cada cual debe, en el de la otra parte, la mora inhibe el ejercicio de los derechos*". Recaba que una interpretación distinta implicaría consagrar "*... que en el contrato de transporte comercial el remitente y el destinatario tienen el privilegio de cumplir o no a voluntad su obligación. Lo que conduciría a colocar al transportador en inferioridad, como el malo en quien recaen todas las obligaciones, riesgos y cargas y al remitente o al destinatario, en privilegio, como el bueno dotado de todos los derechos y ninguna obligación, esto es, a desquiciar la bilateralidad esencial del contrato*".

Manifiesta que la equivocada interpretación de las normas invocadas no se originó en la desacertada apreciación de las pruebas por parte del fallador, pues la falta de pago del precio pactado por el arriendo del tractocamión, alegada y demostrada por la parte demandada, no fue controvertida y así se admitió por aquel, quien se fundó siempre "*... en la hipótesis de que el demandado hubiese celebrado contrato comercial de transporte, en la tesis de que el no pago del precio no exime de responsabilidad al transportador. Siendo que lo excepcionado fue que la acción incoada, al estar supeditado su ejercicio al pago del precio, no resultaba procedente mientras no se demostrara el pago*".

Agrega que no quedaba al arbitrario del fallador aplicar todo o parte del precepto mencionado, advirtiendo que en el asunto sub-júdice aplicó la parte que aprovecha a las demandantes, pero dejó de aplicar la proposición que condiciona el ejercicio de las facultades previstas en el fragmento anterior, al pago del flete y demás gastos; inaplicación que a su turno apareja la falta de aplicación de los arts. 1.608 y 1.609 del C.C. y "*... la regla de oro de la equidad en los contratos bilaterales, el Art. 1.546 ibídem*".

Para finalizar enfatiza que el mismo precepto "*...lo que dispone es la extensión del contrato de transporte de cosas a quien no ha sido parte de él, el destinatario, pero se hace beneficiario del transporte prestado*", facultándolo para reclamar la cosa transportada y ejercer contra el transportador sus demás derechos, no obstante haberse establecido el vínculo obligacional entre remitente y transportador, pero únicamente, "*...cuando se hayan pagado el flete y demás gastos del transporte*".

Con la fundamentación precedente solicita casar el fallo impugnado, para que la Corte, "*... en ejercicio de la función de instancia, revoque la de primer grado y declare probada la excepción de incumplimiento en el pago del precio contratado*".

## **SE CONSIDERA**

**1.** Para desestimar la excepción de contrato no cumplido propuesta por el transportador el Tribunal argumentó que el pago del flete no se requería "*...con anticipación a la iniciación del contrato de transporte, ni tampoco como requisito de la pretensión de indemnización, por pérdida de la mercancía, ya que sobre esto hay vigentes claras imposiciones legales en la regimentación del estatuto mercantil que le dan respaldo a*

*ese planteamiento, como en el que se prevé la retención de la mercancía por el transportador en el caso de no pago del flete, así mismo, es corriente el pago en cuenta corriente del remitente para el transportador”, tesis en apoyo de la cual trajo a colación un pronunciamiento de la Corporación, conforme al cual “...habiéndose perdido la mercancía una vez entregada al transportador, no puede responsabilizarse al remitente de incumplimiento, ya que el artículo 1031 del C. de Co., dice expresamente que corre a cargo del primero el pago de la indemnización en caso de pérdida de la cosa transportada. Por la misma razón no puede darse aplicación al artículo 1.035 de la citada obra, que exige el pago del flete y demás gastos de transporte para que el destinatario pueda reclamar la cosa transportada y ejercer las correspondientes acciones” (Cas. Civ. del 26 de enero de 1982).*

Ahora bien, la argumentación expuesta por el sentenciador para el efecto indicado, se aviene con el recto sentido e interpretación de los arts. 1.009, 1.020 y 1.035 del C. de Co, cuyo quebranto se denuncia. En efecto:

En los términos del art. 1.035 del C. de Co., el ejercicio de los derechos concedidos al destinatario para reclamar del porteador las cosas transportadas y obtener su entrega inmediata, se supedita al pago, depósito a órdenes del juez, o la constitución de garantía que asegure el pago del flete y demás gastos del transporte, pero desde luego sobre la base del cumplimiento de la obligación a cargo del transportador, de conducir las mercaderías al punto de destino sanas y salvas, pues sólo así puede el destinatario reclamarlas y obtener su entrega en la forma y condiciones que allí se contemplan.

En armonía con lo anterior, el art. 1.024 ibídem, vigente para la época de ocurrencia de los hechos materia de la litis, facultaba al destinatario para solicitar al transportador la entrega de la mercancía desde su llegada al punto de destino “...contra el pago de las sumas a su cargo, de conformidad con el artículo 1.009 o la aceptación de la factura cambiaria, en su caso...”. Esta norma, a su turno, lo hacía responsable del pago de las mismas, cuando el envío o remesa se efectuara “a debe”, “entrega contra pago”, “C.O.D” u otras formas equivalentes’.

Además, como bien lo tiene definido la jurisprudencia de la Corporación, para definir la procedencia de la pretensión o de la excepción en su caso, se debe consultar el orden cronológico en que debieron cumplirse las obligaciones, pues si las obligaciones no tienen que agotarse simultáneamente, de ese orden depende la determinación de si el contratante es o no cumplido.

Tratándose del contrato de transporte, una definición como la que se plantea, impone tener en cuenta el hecho físico de la operación, porque por razón del factor temporo-espacial que le es inherente, su ejecución implica un desplazamiento del sitio de origen al lugar de destino, como lo señala el propio art. 981 ibídem. De manera que salvo que se haya pactado algo diferente, la obligación del transportador, es decir, de conducir sana y salva la mercancía al lugar de destino, antecede la obligación de pagar el flete o precio del transporte. Por consiguiente, si el transportador no cumple con la obligación que le incumbe, el destinatario no está en mora de cumplir con la obligación que a él le corresponde porque definitivamente no se ha dado el orden cronológico de su desarrollo.

Así las cosas, si de conformidad con lo expuesto, la obligación del destinatario de pagar el flete y demás gastos del transporte, está precedida de la obligación del porteador de conducir las cosas transportadas sanas y salvas al sitio de destino, como presupuesto para poderlas entregar a quien corresponda, cuando por la pérdida de las mismas, acaecida luego de su entrega al transportador, no arriban a dicho lugar, la falta de pago de los valores mencionados no coloca al acreedor de la entrega en mora de cumplir con su obligación, y por ende, nada impide el ejercicio de la acción indemnizatoria que corresponda contra el transportador. Sin embargo, es oportuno advertir que cuando se está

frente a una pretensión de cumplimiento del contrato por equivalencia, como en este caso ocurre, el transportador cuenta con la facultad de hacer valer como excepción compensatoria, el crédito del valor del flete que tiene frente al destinatario, que en casos como el presente también tiene viabilidad porque el art. 1096 del C. de Comercio, autoriza a las personas responsables del siniestro, para "*oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado*".

Se desecha en consecuencia la censura.

### **DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 5 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario propuesto por COMPAÑIA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. y COMPAÑIA DE SEGUROS LA ANDINA S.A. frente a LUIS EMILIO LARA BUITRAGO.

Costas a cargo de la parte recurrente.

### **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**JORGE SANTOS BALLESTEROS**

**NICOLAS BECHARA SIMANCAS**

**JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES**

**CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS**

**PEDRO LAFONT PIANETTA**

**JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ**

**RAFAEL ROMERO SIERRA**