

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente:
Edgardo Villamil Portilla
Ref. Expediente No. 11001-3103-003-1995-07113-01

Se deciden los recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de 19 de abril de 2001, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que puso fin a la segunda instancia del proceso ordinario promovido por Sociedad Dissantamaría S.A. contra Almacenes Generales de Depósito de Occidente "Aloccidente S.A."

ANTECEDENTES

1. La firma demandante pidió declarar que la demandada es responsable *"por la pérdida de cinco mil cien (5.100) bandejas de cerveza marca TECATE, que DISSANTAMARIA S.A., en su condición de depositante, le entregó a título de depósito remunerado"*, como consecuencia pretendió recibir la suma de \$45.000.000 correspondientes al valor de la cerveza, adicionados por otros \$50.000.000 o cifra superior, resultante de la ganancia que hubiera obtenido con la venta de la bebida, cantidades incrementadas con la corrección monetaria y los intereses.

2. Como fundamento factual de las pretensiones, el demandante expuso:

2.1. La sociedad Dissantamaria S.A. contrató con Almacenes Generales de Depósito de Occidente "Aloccidente S.A.", el depósito de varios productos, entre ellos, la cerveza importada de México, marca "Tecate".

2.2. La demandante *"registró ante Aloccidente las firmas autorizadas para el retiro de mercancías, así como los sellos correspondientes"*.

2.3. Los días 15 de abril, 6 y 9 de mayo de 1994, Aloccidente permitió el retiro irregular, y por lo tanto la pérdida de 5.100 bandejas de cerveza marca Tecate, equivalentes a 122.400 unidades de la bebida, pues las órdenes de entrega no fueron suscritas por las personas autorizadas.

2.4. Dissantamaria S.A. percató el faltante de mercancía como consecuencia de la variación de los precios del mercado e igualmente porque ante una nueva solicitud de retiro, Aloccidente manifestó que no quedaban existencias.

2.5. Aloccidente S.A. incumplió el procedimiento interno, tampoco observó las instrucciones impartidas por Dissantamaria S.A. para la devolución o entrega de los bienes depositados, pues no verificó prudente y diligentemente las firmas y sellos de las comunicaciones *"con las cuales se retiró la mercancía, que resultan claramente distintas a las registradas"* por el demandante.

3. La demandada resistió las pretensiones, para ello formuló las excepciones que denominó como *"falta de causa para demandar"*, *"inexistencia de la obligación de resarcir perjuicios"*, *"no ser notoria la falsificación y alteración alegadas"*, *"falta de legitimación por pasiva"*, *"improcedencia de la pretensión"*, *"inexistencia de culpa por parte de Aloccidente"*, *"conducta negligente de Dissantamaria"*, *"improcedencia de las pretensiones de lucro cesante, corrección monetaria y de intereses"*, *"culpa exclusiva de Dissantamaría"*, *"fuerza mayor o caso fortuito"*, *"hecho de un tercero"*.

4. La primera instancia resultó auspiciosa para las pretensiones, pues declaró a la demandada civilmente responsable por la pérdida de las 5.100 bandejas de cerveza y la condenó a pagar a la demandante la suma de \$69.671.656, por *"concepto de daño"*.

emergente actualizado a 31 de agosto de 1996 [según dictamen pericial], y por concepto de lucro cesante los intereses del 6% anual causados desde el 9 de mayo de 1994 hasta la fecha de esta sentencia, teniendo en cuenta para efectos de la actualización de la suma principal (daño emergente), el Índice de Precios al Consumidor para la fecha de este fallo". Igualmente decretó sobre la suma actualizada los "intereses moratorios, a partir del vencimiento del término concedido para el pago de la obligación principal y hasta su solución, en la forma prevenida en el art. 884 del Código de Comercio".

Apelada la anterior decisión, el Tribunal modificó la providencia, declaró probada la excepción "referida a la limitación de la responsabilidad por el valor que legalmente le corresponde y sin lugar a lucro cesante", por lo tanto, condenó a la demandada a "restituir a la sociedad demandante dentro de los seis días siguientes, a la ejecutoria de este fallo en el mismo estado en que las recibió las 122.400 unidades de cerveza TECATE", o su valor en dinero con las actualizaciones hasta que se lleve a cabo el pago. Ambas partes interpusieron recurso de casación que ahora estudia la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El juzgador de segundo grado concluyó que "existiendo culpa de la sociedad demandada, de conformidad a lo dispuesto en el art. 2249 del C.C., debe estarse a lo determinado en el contrato de depósito, en cuanto al número y calidad de la mercancía depositada, de manera que no puede cuestionar el peso o verificación de su contenido", pues la parte demandada "no acreditó la causa extraña para liberarse de responsabilidad, de manera que debe responder por la mercancía depositada", para lo cual utilizó como premisas, las siguientes proposiciones:

1. Reconoció que los almacenes generales de depósito, asumen "dos obligaciones fundamentales la guarda o custodia de la mercancía y la consiguiente restitución de los bienes depositados".

2. El Tribunal consideró que "hay responsabilidad contractual siempre que cualquiera de las partes incurre por su culpa en inexecución del contrato, -y que- tal responsabilidad no desaparece ni puede ser enervada como aquí lo ha pretendido la demandada aduciendo que hubo también incumplimiento del contrato. Las mutuas responsabilidades de las partes en los contratos bilaterales, no se excluyen entre sí, cada cual debe responder por las obligaciones pactadas, en la cuantía del daño que haya sufrido, no obstante que él también tenga derecho a ser indemnizado por el otro contratante".

3. La corporación sentenciadora dijo que los almacenes generales de depósito responden hasta de la culpa leve de conformidad con el artículo 1171 del Código de Comercio, pues su objetivo económico es la explotación de la actividad especializada como depositarios.

4. De los hechos, pruebas y defensas propuestas "se establece que lo alegado es la falta de diligencia y cuidado de la parte demandada en el cumplimiento de sus obligaciones".

5. El Tribunal encontró la prueba del "depósito de la bandejas de cerveza Tecate que se retiraron de la Almacenadora; de la autorización existente según tarjeta y de las verificaciones que siempre hacía (sic) la sociedad demandada", para lo cual se apoyó en los testimonios de Arturo Uribe Roldán, Beatriz Elena Cardona Osorno (fls. 213-218), y Jaime Alberto Trujillo Marín (fl. 227) de los cuales dijo el juez de segunda instancia que "sus dichos son coincidentes con la misma prueba documental aportada y con la confesional recepcionada".

6. El *ad quem* dio por establecido con la inspección judicial y la prueba documental aportada durante la misma, que las mercancías, se encontraban bajo el cuidado de Aloccidente, que tenía la obligación de restituirlas, por lo tanto "puede decirse que hay relación de causalidad en la omisión culposa - no guardar o custodiar la cosa- y el faltante de la mercancía objeto del depósito, de tal responsabilidad, la que debe regirse de acuerdo a lo dispuesto en el art. 34 del Decreto 663/93".

El Tribunal examinó entonces el texto de la norma citada, para concluir que ella contempla *"los casos generales de exención de responsabilidad y la excepción cuando se trate de depósito a granel, o en silos, o en recipientes análogos que sí responderían. La no responsabilidad del lucro cesante es de carácter general y en este sentido hay lugar a la prosperidad de la excepción que formulara la parte demandada, en cuanto al límite de la responsabilidad, no puede por consiguiente condenarse al pago de intereses, ni menos a la suma relacionada en la pretensión 2.2. de la demanda (lucro cesante y frutos civiles), por expresa prohibición de las normas que rigen los Almacenes Generales de Depósito; quedando al arbitrio de la demandada restituir especies iguales o el valor determinado en el contrato de depósito"*.

7. En relación con el daño solicitado en la demanda, afirmó el juzgador de segunda instancia, que de conformidad con los artículos 1613 y 1614, *"la indemnización de perjuicios debe comprender el daño emergente y el lucro cesante"*, pero que sea materia de reparación económica *"el perjuicio debe presentarse como consecuencia inmediata de la culpa (ser directo) y aparecer como real y efectivamente causado (ser cierto), de manera que, como reiteradamente lo ha sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia, el perjuicio no puede limitarse a ventajas hipotéticas, eventuales, abstractas o simplemente dudosas o contingentes"*.

8. Para determinar el monto de la condena dineraria alternativa, el Tribunal acudió al dictamen pericial que estableció el valor unitario de cada cerveza en \$375, que multiplicado por 122.400 unidades, arrojó la suma de \$45.900.000, *"con su respectiva corrección monetaria en razón de estar hecha la estimación a 9 de mayo de 1994, equitativo resulta el ajuste monetario conforme al certificado solicitado al Banco de la República (fl. 39 cdno.3)"*, estimación que permitió al sentenciador de segunda instancia *"establecer en forma concreta la cantidad equivalente de dinero que la demandada debe pagar a la demandante por su incumplimiento contractual"*.

9. En cuanto a las excepciones propuestas, concluyó el Tribunal que la demandada *"ninguna prueba hizo valer para salir airoso y liberarse del cumplimiento de la obligación como depositario, ni fuerza mayor o caso fortuito, ni ninguna de las excepciones que propuso lo liberaron del cumplimiento de su obligación como quedó plenamente establecido al estudiar la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual, y dada la naturaleza del contrato la presunción de culpa seguía pesando sobre la parte demandada, a excepción de la limitación del valor que legalmente corresponde de acuerdo con el contrato y sin responsabilidad por lucro cesante, las demás defensas deben negarse"* (folio 52 cdno. 3).

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Ambas partes recurrieron la decisión del Tribunal; la demandada pretende la ruptura de la sentencia con la secuela totalizadora de su absolución; en lo suyo, la demandante persigue por el mismo mecanismo ampliar la condena obtenida con el fallo impugnado. Por los eventuales efectos de la prosperidad de su demanda, los cargos de Aloccidente S.A. serán despachados adelante, para luego abordar la censura puesta por su antagonista.

RECURSO DE LA DEMANDADA

Dos cargos formuló la demandada contra la sentencia de segunda instancia, que se analizarán simultáneamente por la estrecha vinculación argumental que presentan.

PRIMER CARGO

Acunado en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por vía directa, acusó el censor al Tribunal por la vulneración de los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 (64 del Código Civil), inciso 2º del 1604 del Código Civil; 822, 1171, 1174 y

1180 del Código de Comercio, y 33 y 34 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Argumentó el casacionista que los artículos 1171 del Código de Comercio y 34 del Decreto 663 de 1993 determinan y limitan con aparente incongruencia, la responsabilidad de los almacenes generales de depósito; el primero en cuanto establece, en palabras del recurrente, que el depositario responde hasta por la culpa leve, en tanto el segundo supone *"la prueba de la causa extraña o de la fuerza mayor o caso fortuito como única causal de exclusión de esa responsabilidad"*; ante esta regulación diversa, propuso el recurrente que la diligencia esperada sea la que se contraponga a la culpa leve, para lo cual resulta indispensable comparar la conducta desplegada por el almacén general con *"la de otro profesional del mismo ramo"* en condiciones medias y no en las de exigencia máxima.

Con citas jurisprudenciales de esta Corporación y doctrina extranjera, desarrolló el casacionista el concepto de fuerza mayor o caso fortuito, con el propósito de contestar la pregunta sobre cuál deber ser la culpa que se tome *"en consideración, cuando se pretende desvirtuar la fuerza mayor o caso fortuito alegado por el deudor como eximente de su responsabilidad?"*. Para responderse el censor expresó *"la cuestión no es sencilla"*, a pesar de lo cual afirmó que en el derecho colombiano la regla contenida en el inciso 2º del artículo 1604 del Código Civil, aplicable *"por la vía del artículo 822 del Código de Comercio"*- contribuye a superar la controversia, pues según este, el deudor *"queda liberado con la prueba de la fuerza mayor o caso fortuito, a no ser que se haya constituido en mora, 'o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa' "*.

El casacionista prosiguió por esta senda argumental, para lo cual destacó *"la importancia que a la referida norma [inc. 1º del artículo 1604 del Código Civil] se le ha atribuido reside en decir que en ella se encuentra establecida la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual"* y la relación entre los primeros dos incisos de la disposición arrojan como resultado que es la culpa la que *"sigue estando a la base de la responsabilidad, sólo que se toma en cuenta en orden a evaluar si se le da cabida, o no, a la fuerza mayor o caso fortuito que aduzca el deudor en procura de quedar liberado de su responsabilidad por el incumplimiento de la obligación"*, para concluir que *"la culpa a ser considerada no es una culpa especial, distinta de la que prevé el inc. 1º, sino, sencillamente, que lo que se busca es saber si las medidas que ha debido tomar el deudor en orden a neutralizar la fuerza mayor o caso fortuito o sus efectos, hacían parte o no del contenido de su obligación, y si, por ende, quedaban comprendidas o no dentro del riesgo propio de la vis maior"*.

El recurrente, de regreso a los artículos inicialmente analizados, es decir, 1171 del Código de Comercio y 34 del Decreto 663 de 1993, en concordancia con el 1604 del Código Civil, expresó que de tales disposiciones aparecía claro *"que el depositario -de modo general- y el almacén de depósito -en particular-, únicamente se libera de responsabilidad por su incumplimiento mediante la prueba de la fuerza mayor o caso fortuito, a menos que esta se haya producido por su culpa. Para evaluar la cual debe partirse del contenido mismo de las obligaciones [de custodia y de entrega] que el contrato haya generado para el depositario pues tal contenido es el que marcará el límite entre lo previsible y lo imprevisible del hecho, así como entre su resistibilidad e irresistibilidad"*.

Estimó el casacionista para el caso de ahora que el Tribunal, antes de juzgar la causa extraña alegada por Aloccidente S.A., tenía que determinar, con arreglo a los artículos 1171 y 1174 del Código de Comercio, y 33 y 34 de Decreto 663 de 1993, si *"dentro de las obligaciones que allí se establecen a cargo del depositario quedaba comprendida la verificación de la autenticidad de las órdenes para sacar cerveza de las bodegas de la parte demandada, pues sólo contando con la existencia de una obligación en tal sentido podía emitir una conclusión como la mencionada, habida cuenta de que siendo tales órdenes el procedimiento seguido por la depositante y utilizado por los terceros que realizaron los retiros generadores de la pérdida, los hechos constitutivos de unos y otros retiros tampoco han sido cuestionados"*.

Según el censor, la obligación de verificar la autenticidad de las órdenes de retiro de mercancía no puede deducirse de la ley, pues la misma apenas prescribe la devolución de los bienes sin hacer previsiones adicionales, situación que diferenció del pago de cheques a cargo de las entidades financieras, porque allí son las normas generales las que imponen a los bancos el deber de comprobar la autenticidad de las firmas puestas en aquellos títulos valores, por el contrario, en materia de la custodia de la mercancía y su posterior entrega al depositario, la legislación guardó silencio.

En cuanto al aspecto de la falsedad, el censor sostuvo que no había sido discutido por las partes que la entrega de la cerveza se haría contra la presentación de autorizaciones suscritas por el gerente regional de Dissantamaria, Arturo Uribe Roldán, o por la asistente administrativa y financiera, Beatriz Elena Cardona Osorno; tampoco que fueron terceras personas quienes, en cuatro oportunidades, retiraron distintas cantidades de mercancía con el mismo método que las partes venían empleando, es decir, *"mediante la exhibición de autorizaciones de apariencia similar a las que con anterioridad le habían sido presentadas, pero cuyo carácter espurio afirmó Dissantamaria al momento de descubrir la pérdida"*.

El casacionista finiquitó el cargo con las siguientes afirmaciones: *"la pérdida sufrida por Dissantamaria fue obra de terceras personas, por lo que los hechos correspondientes son configurativos de una fuerza mayor o caso fortuito para Aloccidente, quien en los hechos correspondientes no tuvo culpa alguna; porque, se repite, a la luz de la ley, no era una obligación suya la de controlar la autenticidad de las firmas estampadas en las órdenes de retiro de la cerveza depositada"*; a lo cual adicionó que la violación de los artículos 34 del Decreto 663 de 1993 y 1º de la Ley 95 de 1890, ocurrió como consecuencia de no haberse declarado *"la fuerza mayor o caso fortuito como causal eximente de responsabilidad, habida cuenta de que dentro de esta queda comprendido el hecho de un tercero"*, pues de acuerdo con los hechos generadores del perjuicio padecido por la demandante, al ser puestos *"en relación con la diligencia exigible a Aloccidente, venían a ser para esta, imprevisibles e irresistibles"*.

SEGUNDO CARGO

Con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por vía indirecta *"como consecuencia de los errores de apreciación probatoria"*, el recurrente denunció el quebrantamiento de los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 (64 del Código Civil), inciso 2º del 1604 del Código Civil; 822, 1171, 1174 y 1180 del Código de Comercio, 33 y 34 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Fundó el casacionista el ataque en que el incumplimiento de Aloccidente S.A. en la entrega de 122.400 unidades de cerveza, *"no es imputable al almacén depositario, pues el hecho que lo generó lo libera de responsabilidad ya que proviniendo de terceras personas asume a su respecto la condición de fuerza mayor o caso fortuito, sin que se hubiera producido por culpa suya, puesto que Aloccidente S.A. desplegó la conducta que le era contractualmente exigible, aspecto este sobre el cual, en buena medida, inciden los desaciertos de apreciación probatoria del Tribunal"*.

Acompañado de la reiteración de los argumentos expresados a propósito del cargo inaugural, en cuanto a la diligencia exigible al depositario, la responsabilidad del mismo en el cuidado de los bienes dejados a su custodia, así como respecto al delito de hurto como constitutivo de fuerza mayor, concluyó el recurrente que la culpa deducible en el caso del Almacén general de depósito es la leve, pues lo que se analiza es si la entidad tomó las medidas necesarias de acuerdo con sus obligaciones para evitar las circunstancias exonerativas

Fustigó el recurrente al Tribunal por haber considerado que a la demandada le faltó diligencia y cuidado en la ejecución de sus obligaciones, para luego extractar de allí el incumplimiento del contrato, añadió luego que *"Aloccidente"* no acreditó la causa extraña para liberarse de la responsabilidad. Estas conclusiones del *ad quem* fueron fruto,

a los ojos del impugnador, de los errores en que el Tribunal incurrió en la interpretación de la demanda y en la apreciación del material probatorio.

1. En cuanto a la interpretación de la demanda, el censor enfrentó al juzgador de segunda instancia por omitir la observación del hecho quinto del libelo en que se describe que la entrega de la mercancía se realizó *"sin intervención o autorización de Dissantamaría"*.

2. Denunció al Tribunal por no ver los siguientes documentos: *i)* la comunicación de la demandante a la Fiscalía (fls. 35 y 36, cdno 1), en que afirmó que al realizar una *"toma física"* del producto en las bodegas de Aloccidente S.A., encontraron cuatro documentos de retiro de mercancía por 5.100 bandejas, adulterados en cuanto a la firma de Beatriz Elena Cardona Osorno y el sello de la compañía Dissantamaría S.A.; *ii)* la nota con que la demandante envió la denuncia penal a Aloccidente sobre el hurto *"que se les presentó en sus instalaciones"* (fl. 37, cdno. 1); *iii)* la cuenta de cobro que Dissantamaría le presentó a la demandada por la suma de \$45.900.000, donde se dice que es *"por concepto de 5.100 bandejas de cerveza Tecate lata de 340 ml. de 24 unidades cada una, robadas de sus bodegas"* (fl. 39 cdno. 1); *iv)* la nota de fecha 1º de noviembre de 1994 emanada de la Gerencia General de Aloccidente para la Superintendencia Bancaria en la cual se informa que los documentos fueron falsificados [papelería, firma y sello] a la propia Dissantamaría, como esta misma lo afirmó ante la Fiscalía General (fl. 47 cdno. 1).

Según el censor, los documentos que denuncia fueron indebidamente omitidos por el Tribunal, pues de haber sido apreciados ellos, le hubieran permitido concluir que el retiro o sustracción de la cerveza hecho por terceras personas, sí es *"representativo de fuerza mayor o caso fortuito"*.

A partir de esta premisa, el recurrente argumentó que el Tribunal debió emprender la averiguación sobre si en la ocurrencia del referido hecho tuvo culpa la parte demandada, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 1604 del Código Civil.

Según el casacionista, el Tribunal hizo una apreciación incompleta de las órdenes falsas de retiro de mercancía y de la tarjeta de registro de firmas, lo cual impidió a esa Corporación deducir las semejanzas existentes entre aquellos documentos así como que *"Aloccidente"* cotejó positivamente aquellas con la original guardada en su poder con fines de verificación. Del mismo modo, dijo el censor que las partes hacían aplicación del contrato en el sentido de restar importancia al requisito de las rúbricas en las cartas de autorización, pues otras anteriores, emanadas del depositante, carecen de algunas formalidades en cuanto a las firmas y sellos.

A continuación el recurrente emplazó al Tribunal por deducir de los testimonios de Arturo Uribe Roldán, Beatriz Elena Cardona Osorno (fls. 213 a 218, cdno. 1), y Jaime Trujillo Marín (fl. 227, cdno. 1), que *"Aloccidente debe responder por el solo hecho de haberse encontrado un faltante de la cerveza y unas órdenes de retiro adulteradas"*, o que la tarjeta de registro imponía la obligación de comprobar la autenticidad de las firmas y sellos de las personas que en Dissantamaría emitían las órdenes de retiro. Según el recurrente, *"deducir de las declaraciones citadas y del interrogatorio de parte igualmente mencionado [Sergio Alberto Ledesma -fls. 202 a 204, cdno. 1-], que Aloccidente no verificó la confrontación entre las órdenes de entrega que Dissantamaría señaló como adulteradas y la tarjeta de registro de control de firmas, como fue lo dado a comprender el Tribunal cuando manifestó que esas pruebas demostraban el incumplimiento del contrato por parte de Aloccidente, es incurrir en manifiesto error de hecho de malinterpretarlas por adición, puesto que lo que en ellas consta con meridiana claridad es, en síntesis, que se debía efectuar una confrontación entre la tarjeta contentiva del registro de firmas y las órdenes de retiro de las mercancías"*.

En cuanto al testimonio de Beatriz Elena Cardona Osorno - exempleada de Dissantamaría S.A. y firmante original de las cartas que autorizaban el retiro de mercancía-, precisó el casacionista que la propia declarante expresó las grandes diferencias que había entre su verdadera firma y la que presentan órdenes falsas, tal versión a más de constituir una valoración y no la narración de un hecho, *"no entraña que"*

Aloccidente, encargado del control correspondiente, las encontrara semejantes", tanto más si del "cotejo completo del haz documental relacionado con los hechos, impone como una conclusión de carácter evidente que la comparación sí tuvo lugar en las cuatro oportunidades en las que se presentaron las órdenes mediante las cuales el faltante se produjo" (fl. 114 del cdno. de la Corte).

El recurrente dijo que tampoco hubo incumplimiento del contrato por parte de "Aloccidente", en cuanto al control en la verificación de la identidad de quienes presentaron las órdenes de entrega falsas, pues aún aceptando que los números de cédula no correspondían a las personas que con los nombres de Mario Varreiro Varreiro, Héctor Gómez Roa, Yesid Trujillo y Aulicer Méndez Cárdenas retiraron la mercancía, era de "elemental sentido común" que si falsificaron las órdenes de retiro "los autores de ese hecho, no habrían de hacer otro tanto con esos documentos de identidad".

Dedujo el casacionista que "el incumplimiento enrostrado a Aloccidente nada tiene que ver con él", pues dijo haber atendido "los controles previamente acordados con la sociedad depositante, y no habiéndose pactado con ésta controles de otro tipo, ni tampoco que Aloccidente debía asumir la responsabilidad por la órdenes de entrega que llegasen a resultar falsificadas, ese incumplimiento no podía ser llevado a terrenos distintos a los que han sido materia de análisis".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Varias cuestiones saltan a la vista a propósito del caso de ahora. La primera, si el artículo 34 del Decreto 663 de 1993 es la norma que gobierna suficientemente el caso de pérdida de mercancías depositadas en un Almacén General de Depósito o resulta necesario acudir al Código de Comercio y al Código Civil; si la falsificación de documentos para obtener el retiro irregular de las mercancías depositadas constituye una causal eximente de responsabilidad -caso fortuito o fuerza mayor-, y en fin, si las pruebas aportadas al proceso permiten concluir, sin contraevidencia, lo que el juzgador de segunda instancia extrajo de ellas.

1. El primer asunto atañe a la aplicabilidad de la norma prevista en el artículo 34 del Decreto 663 de 1993, mediante el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, candidata a regentar la responsabilidad del Almacén General de Depósito en el retiro irregular de mercancía, en este caso, usando cartas de autorización falsas.

Los almacenes generales de depósito se inspiraron, de acuerdo con autorizado tratadista^{1[1]}, en la crisis económica de mitad del siglo XIX, como fórmula que favorecía el crédito en Europa^{2[2]}, pues facilitaba la transmisión de las mercancías mediante la entrega de un documento que las representaba y evitaba al comerciante los gastos y riesgos del almacenaje.

En Colombia, la Ley 20 de 2 de noviembre de 1921 -reglamentada por el Decreto 1821 de 1929 - estableció la primera normatividad sobre los almacenes generales de depósito, los cuales se entendieron como "los establecimientos que tengan por principal objeto el depósito, conservación, custodia, y en su caso, venta de mercancías, productos y frutos de procedencia nacional o extranjera, y que expidan documentos de crédito transferibles por endoso y destinados a acreditar, ya sea el depósito de las mercancías o bien el préstamo hecho con garantía de las mismas". Posteriormente se profirió el Decreto Legislativo 356 de 1957^{3[3]}, en cuyas consideraciones se encuentra "que los Almacenes

^{1[1]} Ripert George, "Tratado Elemental de Derecho Comercial" T. IV. Editorial Labor, Buenos Aires, 1988. P. 64.

^{2[2]} En Francia, el decreto de 21 de marzo de 1848 y la ley de 13 de agosto del mismo año adoptaron la reglamentación sobre el "warrant" expresión de origen inglés, aplicada también en los países bajos. Luego se expidió la ley de mayo de 1858, modificada por la del 31 de agosto de 1870, pero toda la normatividad anterior fue derogada por la ordenanza de 6 de agosto de 1945, complementada por el reglamento de 6 de agosto del mismo año.

^{3[3]} La Corte en sentencia de 29 de mayo de 1991, expresó que el objetivo del citado decreto era "establecer el régimen de los Almacenes Generales de Depósito, señalando para ello lo relativo a su constitución y funciones, pero también otros temas en desarrollo de ese régimen, tales como la

Generales de Depósito son instituciones muy útiles y hasta necesarias para el normal desarrollo de la economía nacional. Que es conveniente actualizar y complementar la legislación vigente sobre ellos con el fin de facilitarles el cumplimiento de las finalidades económicas y sociales para las cuales se constituyen, y de hacer más expedita y adecuada la supervigilancia que sobre ellos debe ejercer el Estado". Así las cosas, desde antaño es notoria la importancia económica que la ley atribuye a las sociedades especializadas en la realización de esta modalidad de depósito general y que el interés público en la actividad resulta innegable. El Código de Comercio, artículos 1170 a 1191, se ocupa también del contrato de depósito comercial e incluye normas sobre las variantes y documentos que instrumentan este negocio jurídico.

El Congreso Nacional mediante el artículo 25 de la Ley 45 de 1990^{4[4]}, concedió al Presidente de la República las facultades para expedir *"un estatuto orgánico del sistema financiero, de numeración continua, con normas vigentes que regulan las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria"*; en ejercicio de tales prerrogativas se expidió el Decreto 1730 de 1991^{5[5]}, que en su artículo 2.1.3.3. incorporó la disposición que otrora contenía el artículo 8º del Decreto Legislativo 356 de 1957^{6[6]}. La norma así originada fue objeto de adición con el párrafo inserto en virtud del artículo 30 del Decreto 1135 de 1992^{7[7]}.

Al poco andar con semejante panorama legislativo, el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 35 de 1993^{8[8]}, otorgó nuevamente facultades al Presidente para que *"Dentro de los tres meses siguientes a la sanción de esta ley, el Gobierno Nacional tendrá la facultad para incorporar al estatuto orgánico del sistema financiero las modificaciones aquí dispuestas y hará en dicho estatuto las modificaciones de ubicación de entidades y del sistema de titulación y numeración que se requieran, lo mismo que para adoptar un procedimiento administrativo especial aplicable a la Superintendencia Bancaria"*; en virtud de dichas facultades, se expidió el Decreto 663 de 1993, que en lo medular reeditó lo dispuesto por el artículo 8º del Decreto Legislativo 356 de 1957, e incluyó la regulación sobre los almacenes generales de depósito como entidades profesionales en la prestación de ese servicio, todo bajo el mismo interés público que la actividad financiera aparece.

El artículo 34 del Decreto 663 de 1993, que como quedó visto fue la resultante de los artículos 8º del Decreto Legislativo 356 de 1957 y 30 del Decreto 1135 de 1992, establece: *"Los almacenes generales de depósito serán responsables por la conservación, custodia y oportuna restitución de las mercancías que les hayan sido depositadas, pero en ningún caso responsables por pérdidas, mermas o averías que se causen por fuerza mayor o caso fortuito; ni por pérdidas, daños, mermas o deterioros que provengan de vicios propios de las mismas mercancías, salvo que el depósito sea a granel; en silos o recipientes análogos; ni serán responsables por el lucro cesante que ocasione la pérdida, daño, merma o avería de las mercancías quedando limitada, su obligación a restituir especies iguales, cuando fuere el caso, en igual cantidad y calidad a las depositadas, o si así lo prefieren los almacenes, el valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad. PARAGRAFO. En caso de que el almacén general*

forma de cumplir con su objeto en general y en casos especiales, su responsabilidad, aseguramiento de las mercaderías, bienes a poseer, procedimiento para la venta de mercaderías, inspección, vigilancia, etc." G.J. t. CCVIII, pag. 391. El Consejo de Estado declaró ajustado a la ley, el artículo 8º de mismo decreto, en cuanto determinó que el Almacén General de Depósito respondía por el valor fijado a las mercancías, mediante sentencia del 27 de octubre de 1977, Sección Cuarta.

^{4[4]} Declarado exequible mediante sentencia C-254 del 26 de mayo de 1994.

^{5[5]} Promulgado el 4 de julio de 1991. Diario oficial 39.899. La Corte Constitucional lo declaró exequible en sentencias C-588 de 15 de octubre de 1992, y C-024 de 1 de febrero de 1993.

^{6[6]} Publicado el 6 de febrero de 1958. Diario Oficial No. 29588 pag. 206 y ss.

^{7[7]} Publicado el 8 de julio de 1992. Diario Oficial No. 40.496. Sobre el mismo Decreto, la Corte constitucional en sentencia C-188 de 1994, concluyó que *"el Gobierno podía legítimamente apelar al artículo 50 transitorio de la CP para adicionar o modificar el estatuto orgánico del sistema financiero que entonces se contenía en el Decreto-Ley 1730 de 1990, lo que justamente se hizo a través de los decretos 1135 y 2179 de 1992"*.

^{8[8]} Declarado exequible mediante sentencia C-254 del 26 de mayo de 1994. El artículo 339 de la Ley 35 de 1993, ordenó que sus normas fueran incorporadas en el nuevo estatuto.

de depósito opte por pagar el valor por el cual las mercancías se encuentren registradas en su contabilidad, puede hacer el pago por consignación, depositándolo en un banco legalmente autorizado para recibir depósitos judiciales, que funcione en el lugar donde debe hacerse el pago, con obligación de dar aviso al beneficiario"

Con fundamento en la norma citada, la Corte juzga que para el caso particular la responsabilidad del almacén general de depósito frente a sus depositantes debe regirse por la disposición que acaba de transcribirse, la que regula de modo especial y autónomo la materia planteada, pues además de constituir norma propia para la actividad financiera, gobierna las consecuencias de la pérdida de las mercancías en manos del profesional del depósito. De conformidad con lo dicho, el almacén general de depósito sólo se exonera si acredita caso fortuito o fuerza mayor, lo que hace inaplicable la primera parte del artículo 1171 del Código de Comercio por cuya virtud *"el depositario responderá hasta de la culpa leve en la custodia y conservación de la cosa"*, precepto en el cual el casacionista hace descansar la censura en cuanto halla contradicción interna en dicho precepto. Por lo mismo, el debate frente al artículo 1604 del Código Civil, también resulta innecesario si es que el artículo 34 del Decreto 663 de 1993 resulta ser suficiente como norma que controla el caso.

2. Como se dijo antes, el episodio que transita por la Corte se reduce a esclarecer si la falsedad y el hurto cometidos por un tercero para sustraer las mercancías depositadas en un almacén general de depósito, son hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, pues a la luz del artículo 34 del Decreto 663 de 1993 esas son las únicas causales de exoneración. La respuesta a dicho interrogante para el caso particular, es negativa, pues examinadas las aristas constitutivas del evento que juzga la Corte tales actos, la falsedad y el hurto, a más de previsibles y resistibles, en línea de principio, no fracturan el nexo causal y por lo tanto no implican exoneración de responsabilidad del depositario.

En el pasado, y siempre con la mirada en cada episodio, dos elementos han sido analizados por la Corte para que un hecho pueda ser considerado como evento de *"fuerza mayor o caso fortuito –fenómenos simétricos en sus efectos-, es necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto, queda sometido irremediablemente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su fuerza arrolladora. Imprevisibilidad e irresistibilidad son, pues, los dos elementos que, in casu, permiten calificar la vis maior o casus fortuitus, ninguno de los cuales puede faltar a la hora de establecer si la situación invocada por la parte que aspira a beneficiarse de esa causal eximente de responsabilidad, inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considerada como tal. En torno a tales requisitos, la Corte ha puntualizado que si 'el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por mas súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...' (G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63)', siendo necesario, claro está, 'examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual', desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: '1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo' (Sentencia de 23 de junio de 2000; exp.: 5475). Y en relación con la irresistibilidad, ha predicado la Sala que un hecho es irresistible, 'en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente –sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito' (Sentencia de 26 de noviembre de 1999; exp.: 5220)" (Sent. Cas. Civ. de 26 de julio de 2005, Exp. No. 06569-02).*

Además de lo dicho, la Corte ha reiterado^{9[9]} que los citados elementos del caso fortuito o la fuerza mayor deben concurrir en el hecho que invoca el deudor como eximente

^{9[9]} Sentencias del 26 de julio de 1995 expediente 4785; 19 de julio de 1996 expediente 4469; 9 de octubre de 1998 expediente 4895 y 21 de octubre de 2003, Exp. No. 7486.

de la responsabilidad demandada, *"de forma que si se verifica uno de ellos, pero no los dos, no será posible concederle eficacia alguna, ya que esta es bipolar"* (Sent. Cas. Civ. 23 de junio de 2000, Exp. No. 5475).

Frente a la responsabilidad contractual ha puntualizado la Corte los anteriores postulados, al decir que para que la fuerza mayor o el caso fortuito tengan la entidad suficiente para producir el efecto liberatorio esperado por el deudor, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino *"indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor, b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización"* (Cas. Civ. de 5 de julio de 1935)" (Sent. Cas. Civ. de 4 de julio de 2002, Exp. No. 6461).

Fruto de los anteriores precedentes emerge la conclusión de que el contratante que alega el caso fortuito o la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual, debe demostrar a más de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, que no contribuyó por acción u omisión en la realización del hecho, pues si de lo que se trata es de fracturar la relación entre la actuación del deudor y el resultado contractual no deseado, la existencia de una conducta inapropiada de dicho deudor, permitiría mantener el lazo causal y le haría atribuible el resultado dañoso.

Y analizadas las circunstancias que rodean este episodio a la luz de las anteriores premisas, juzga la Corte que la falsificación de un documento y la utilización del mismo por un tercero para retirar irregularmente mercancía de un Almacén General de Depósito, en la forma como se presentó en este litigio, no constituye un evento de caso fortuito o fuerza mayor, pues tal fenómeno carece, en el contexto de los hechos, de los elementos de imprevisibilidad, irresistibilidad, y ausencia de intervención del deudor, que deben acompañar los medios exonerativos aludidos.

En cuanto a la imprevisibilidad e irresistibilidad, es claro que, de modo general, el hurto y la utilización de documentos falsos constituyen hechos de ordinaria ocurrencia, tan probable, que no originan sorpresa asombro o desconcierto a un deudor razonablemente precavido ante la inusitada frecuencia con que suelen presentarse; también es nítido que adoptadas las medidas adecuadas, se logran conjurar situaciones similares. La Corte ha expresado que cuando un contratante pretende alegar el hecho de un tercero como factor exonerante de responsabilidad deberá probar que tal hecho fue imprevisible e irresistible, pues *"...en tanto sea posible prever la realización de un hecho susceptible de oponerse a la ejecución de un contrato, y que este evento pueda evitarse con diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitirá evitar encontrarse en semejante situación (...) La presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prever o impedir. Por ejemplo, el robo y el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas..."* (G.J.LXIX, pag. 555)" (Sent. Cas. Civ. de 19 de julio de 1996, Exp. No. 4469).

3. En el presente suceso, rememórese que el Tribunal, entre otras cosas, concluyó que *"la parte demandada no acreditó causa extraña para liberarse de responsabilidad, de manera que debe responder por la mercancía depositada"*, pues *"dada la naturaleza del contrato la presunción de culpa seguía pesando sobre la parte demandada"*, en tanto, el casacionista disputó que la participación de un tercero se erige en la causal de exoneración de responsabilidad contractual, a propósito de lo cual reparó en los medios de convicción que mencionó en el cargo y que obran en el expediente.

También se duele el recurrente de que el sentenciador acusado no hubiera visto que Aloccidente S.A. cumplió los compromisos adquiridos con ocasión del contrato celebrado con Dissantamaría S.A., pues, según lo aprecia, de haber realizado la estimación completa de las pruebas documentales *"habría tenido que admitir necesariamente, que 'Aloccidente' sí realizó la comparación entre las órdenes tenidas como carentes de autenticidad, que en fotocopia obran a los folios 14, 17, 19 y 21 del cdno. 1 y la tarjeta contentiva del registro de firmas del folio 13 ib. "*

En realidad, el Tribunal nunca desechó que el cotejo de las firmas se hubiera hecho, solo que lo juzgó como insuficiente; todo a partir de las cartas de autorización falsificadas, las tarjetas de registro de firmas y sellos, y otras pruebas obrantes en el proceso, con lo cual concluyó que no existía la causal de exoneración de responsabilidad que la demandada expuso.

Y tal conclusión no es contraevidente, pues las probanzas con que fuera provisionado el litigio no muestran con nitidez que la sociedad *"Aloccidente"* haya actuado dentro de los confines que exigen sus deberes profesionales, porque la existencia de la tarjeta de seguridad, las cartas de autorización y la entrega de las mercancías, no permiten comprobar que se hubiera verificado el cotejo cuidadoso entre las cartas de autorización y la tarjeta de registro de firmas y sellos, o que la falsificación fuera indetectable por un agente no experto, pero prevenido, como debía ser el funcionario del Almacén General de Depósito. A propósito de esa capacidad de engaño que se atribuye a la falsificación de la firma y del sello, está descartado que al depositario se exijan las mismas calidades que al perito grafólogo, pues sólo se espera que el empleado del depositario sea alguien apenas avisado que con desvelo haga un contraste especialmente cuidadoso aunque no una verificación técnico científica. Puestas así las cosas, cómo decir que el Tribunal cometió un yerro de dimensión colosal porque según su criterio una persona avisada no habría aprobado el retiro de la mercancía, lo que comporta una comparación entre lo que haría un tipo ideal de hombre precavido y lo que hizo el funcionario del almacén general de depósito, confrontación que escapa al examen del recurso extraordinario por corresponder a la discreta autonomía de las instancias, sino es que en la labor de parangón el Tribunal viola gravemente las reglas de la experiencia.

Tampoco puede atribuirse error desmesurado al juzgador de segunda instancia, si es que con lo que obra en el proceso no puede establecerse, por vía de ejemplo, si la falsedad resultaba notoria, para de allí procurar la conclusión acerca de la exigencia mayor o menor de diligencia en la comparación de las firmas y extractar si la conducta del Almacén General de Depósito respondió a lo esperado de un profesional del depósito, carga que por supuesto debía desplegar aquel para deshacer la presunción que sobre él recaía. Por lo demás, ubicados en el contexto adecuado, no hay en la argumentación del Tribunal la afirmación que el casacionista cree ver, según la cual no hubo cotejo, sino que el juzgador de segunda instancia reflexionó que de haberse hecho el control no fue adecuado.

En cuanto a la prueba de la eficacia de la falsedad, se destaca que la propia demandante en el escrito introductorio del proceso, solicitó el dictamen pericial que debía realizarse, en sus palabras, por *"expertos grafólogos para que determinen la autenticidad o falsedad de las aparentes firmas de la señora Beatriz Elena Cardona O. y el sello colocado en las comunicaciones del 15 de abril de 1994, mayo 6 y 9 de 1994"* (folio 73 cdno. 1º), y que la demandada en la réplica solicitó extender el examen técnico a establecer *"si la papelería utilizada en las órdenes de retiro de fechas abril 15 (2) y mayo 6 y 9 de 1994, corresponde a la papelería de Dissantamaría utilizada para la fecha de desarrollo de la operación"*, y que dijeran los peritos *"si la firma de Beatriz Elena Cardona obrante en dichos documentos y el sello utilizado, son similares o semejantes a la firma de aquella y a los que utiliza Dissantamaría"* (folio 150 cdno. 1º); sin embargo, decretada la prueba por el juzgado de conocimiento, (fl. 171 cdno. 1º), no fue practicada durante el trámite de las instancias, frente a lo cual silencio guardaron ambas partes. Consciente de ello, el apoderado de la parte demandada en el traslado para alegar ante el juez *a quo* manifestó: *"la papelería, rúbricas y sellos, utilizados para la entrega de la cerveza TECATE muestran identidad, sin (sic) se someten a un cotejo simple, que es propio de esta clase de actuaciones, dado que pensar en un examen grafológico, primero no obra en el informativo, y de existir, no podría tener relevancia comoquiera que, para estos*

casos apenas se realiza por el funcionario encargado una comparación acorde con la práctica mercantil, no un examen o cotejo científico, propio de un experto o de la persona calificada en temas grafológicos" (subraya la Corte), lo cual viene a mostrar que la estimación razonable que el Tribunal hiciera sobre la fuerza de la imitación para llevar al engaño no puede pasar del escenario de las instancias por corresponder a la discreta autonomía del Tribunal, sino es que en ella incurre el juzgador en yerro descomunal, que no es el caso de ahora.

El casacionista dijo igualmente que en ninguna disposición legal aparece la obligación de hacer el cotejo, pero la sola existencia de la tarjeta de firmas, deja ver la sinrazón del argumento, pues sin duda, alguna utilidad las partes le dieron a la creación de instrumentos para controlar el retiro de mercancía y garantizar la identidad de quien los hacía.

Corolario de todo lo anterior es que el llamado del censor para que se considere que el Tribunal incurrió en yerro de dimensiones colosales, no encuentra eco en la Corte, pues correspondía a la parte demandada asumir la carga de probar que su conducta no se desvió de los parámetros esperados por las previsiones contractuales o las normas imperativas, o que se presentó un suceso que excedió toda previsión y además resultó irresistible, lo que ni por asomo emerge de las probanzas cuya examen planteó el cargo.

Los cargos no son exitosos.

RECURSO DEL DEMANDANTE

CARGO ÚNICO

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente acusó la sentencia del Tribunal, por falta de aplicación de los artículos 1604, 1613, 1614, 1617, 2247 del Código Civil, 884, 1170, 1171, 1180 del Código de Comercio; 65 de la Ley 45 de 1990, 16 de la Ley 446 de 1998 y 8º de la Ley 53 de 1887; e indebida aplicación del artículo 34 del Decreto 663 de 1993.

El censor concluyó, en general, que *"la exoneración de pagar el lucro cesante prevista en el artículo 34 del Decreto 663, no es una norma general que pueda aplicarse a todos aquellos casos en los cuales el depositario, y en particular, el almacén general de depósito, incumpla con la obligación de restituir la cosa depositada, por cuanto dicha limitación solamente se predica respecto de la pérdida, merma, avería o deterioro de la cosa depositada por vicios propios de ella y siempre que se trate de bienes de género, depositados en la forma prevista en dicho precepto, pues en ese evento, tal como lo autoriza el inciso final del 1613 del Código Civil, la indemnización de perjuicios, solamente comprende el daño emergente"*. (resaltado textual)

En sustento del cargo, dijo el recurrente, en síntesis, que el depositario adquiere, entre otras, la obligación de restitución de la cosa, cuyo incumplimiento acarrea la indemnización por daño emergente y lucro cesante, conceptos que deben asumir también los Almacenes Generales de Depósito, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 663 de 1993, salvo que se presenten los *"dos casos de exoneración de responsabilidad constituidos por la fuerza mayor o el caso fortuito y el vicio propio de la cosa depositada"* que la norma citada consagró.

El casacionista explicó cada una de las exenciones, la primera de ellas, expresó, *"también recogida en los artículos 1604 del Código Civil y 1171 del Código de Comercio"*, representa dentro del contrato de depósito, que en eventos de caso fortuito o fuerza mayor el depositario queda exonerado tanto de indemnizar el daño emergente como el lucro cesante.

Igualmente, manifestó que si la pérdida provenía de vicios propios de la cosa, no había lugar a la indemnización de perjuicios bajo ningún concepto, empero, si se tratara de mercancías de género, *"en cuanto su depósito haya sido 'a granel, en silos o recipientes análogos', el almacén general debe responder por el daño emergente, más no*

por el lucro cesante, en la medida que su responsabilidad queda limitada 'a restituir especies iguales, cuando fuere el caso...', excepción que se explica fácilmente si se tiene en cuenta que los bienes así depositados, son de género, y por lo tanto, imperecederos (genera non pereunt), razón por la cual persiste la obligación del depositario de restituirlos 'en igual cantidad y calidad' o si lo prefiere pagando 'el valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad' ".

Denunció el impugnante que el Tribunal otorgó al artículo 34 del Decreto 663 de 1993, un sentido contrario al principio general de responsabilidad y en especial a los eventos de exoneración de la indemnización en la modalidad de lucro cesante, que en tales aspectos resulta inaplicable al presente caso, porque el *ad quem* aceptó que la mercancía depositada eran 5.100 bandejas de cerveza Tecate, que la pérdida se debió a culpa de la demandada, y que esta no acreditó causa extraña que la liberara de responsabilidad.

Como conclusión particular para el caso, el recurrente manifestó que al no haberse perdido la cerveza aludida, por caso fortuito o fuerza mayor, ni por vicios propios de la cosa depositada *"la pérdida de la mercancía por culpa de depositario tipifica indudablemente un claro incumplimiento, desde luego, injustificado del contrato de depósito, que lo hace reo de pagar una indemnización total y plena, que al tenor del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 debe atender '(...) los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales' "*

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Tribunal tras analizar el texto del artículo 34 del Decreto 663 de 1993, concluyó que tal disposición contempla *"los casos generales de exención de responsabilidad y la excepción cuando se trate de depósito a granel, o en silos, o en recipientes análogos que sí responderían. La no responsabilidad del lucro cesante es de carácter general y en este sentido hay lugar a la prosperidad de la excepción que formulara la parte demandada, en cuanto al límite de la responsabilidad, no puede por consiguiente condenarse al pago de intereses, ni menos a la suma relacionada en la pretensión 2.2. de la demanda (lucro cesante y frutos civiles), por expresa prohibición de las normas que rigen los ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO; quedando al arbitrio de la demandada restituir especies iguales o el valor determinado en el contrato de depósito"*

Por su parte el casacionista argumentó que la demandada no demostró el caso fortuito o la fuerza mayor, que justificara la limitación de responsabilidad impuesta por el Tribunal, por lo tanto, según el recurrente la demandada debía *"pagar una indemnización total y plena"*.

Puestas así las cosas, juzga la Corte que la interpretación que hizo el Tribunal del artículo 34 del Decreto 663 de 1993, no constituye el dislate que denunció el cargo, porque en realidad dicho sentido emerge razonablemente del tenor literal de la norma.

Obsérvese en primer lugar el texto del Artículo 34, según el cual *"Los almacenes generales de depósito serán responsables por la conservación, custodia y oportuna restitución de las mercancías que les hayan sido depositadas, pero en ningún caso responsables por pérdidas, mermas o averías que se causen por fuerza mayor o caso fortuito; ni por pérdidas, daños, mermas o deterioros que provengan de vicios propios de las mismas mercancías, salvo que el depósito sea a granel; en silos o recipientes análogos; ni serán responsables por el lucro cesante que ocasione la pérdida, daño, merma o avería de las mercancías quedando limitada, su obligación a restituir especies iguales, cuando fuere el caso, en igual cantidad y calidad a las depositadas, o si así lo prefieren los almacenes, el valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad. PARAGRAFO. En caso de que el almacén general de depósito opte por pagar el valor por el cual las mercancías se encuentren registradas en su contabilidad, puede hacer el pago por consignación, depositándolo en un banco legalmente autorizado*

para recibir depósitos judiciales, que funcione en el lugar donde debe hacerse el pago, con obligación de dar aviso al beneficiario".^{10[10]}

La norma determina, primeramente, las obligaciones del almacén general de depósito, en lo cual sigue la regla general del contrato de depósito, es decir, "conservación, custodia y oportuna restitución de las mercancías", pero enseguida realiza una detallada enumeración de circunstancias se excluyen o limitan la responsabilidad de tales entidades.

Para seguir el itinerario interpretativo realizado por el Tribunal, es de ver que el precepto plantea eventos separados por punto y coma lo que significa la presencia de una enumeración, pues la ortografía de la Real Academia de la Lengua Española^{11[11]} establece que tal signo de puntuación puede utilizarse "para separar los elementos de una enumeración cuando se trata de expresiones complejas que incluyen comas", como lo hizo el legislador en la disposición transcrita, en que a más de preceptuar las obligaciones del depositario especialista -Almacén General- estableció las distintas modalidades y circunstancias autónomas que condicionan su responsabilidad.

A este momento, si claro es que las obligaciones de los Almacenes Generales de Depósito se contraen a la conservación y entrega del objeto recibido, aquellos se encuentran dispensados de responder si es que sobreviene un caso fortuito o fuerza mayor, o surge un vicio del propio objeto -salvo la existencia condiciones especiales de almacenamiento-, y a renglón seguido reconoce la frontera de responsabilidad en los casos en que aquellas circunstancias exonerativas no hayan sido las determinantes en la desaparición o desmejora del objeto custodiado, para ordenar por separado que "ni serán responsables por el lucro cesante que ocasione la pérdida, daño avería de las mercancías, quedando limitada su obligación a restituir especies iguales, cuando fuere el caso, en igual cantidad y calidad a las depositadas, o si así lo prefieren los almacenes, el valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad". Es evidente entonces que la dispensa del pago por lucro cesante se refiere a "las mercancías" en general sin el distingo que propone el recurrente. Es tan clara la delimitación de la responsabilidad del Almacén General de Depósito que a renglón seguido, en atención a la contundencia de la norma, se estableció un sistema excepcional y expedito de pago por consignación no judicial, que viene a corroborar el alcance preciso y exacto de la prestación a cargo de la demandada, precisión que se alcanza por la exclusión de todo añadido por lucro cesante, pues si la indemnización estuviera acompañada del lucro cesante su liquidación sería incompatible con el pago inmediato y directo por consignación extrajudicial que la norma establece.

Emerge de lo visto que reconocidas como obligaciones del depositario las de conservar y restituir los bienes depositados, el compromiso subsiste alternativamente con el valor de dichas especies, aún ante la pérdida, daño, merma o avería, de donde se deduce que si el Tribunal, con vista en el artículo 34 del Decreto 663 de 1993, enunció como regla general de indemnización sólo el daño emergente, y excluyó el lucro cesante, su interpretación se encuentra lejos de constituir el yerro endilgado en el cargo. Dicho de otra manera, la lectura correcta de la norma señala que los almacenes generales de depósito en ningún caso son responsables si hay caso fortuito o fuerza mayor, "ni serán responsables" de lucro cesante.

El artículo 1613 del Código Civil establece como regla general que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. No obstante, la misma norma preceptúa que la ley puede limitar la indemnización a solo el daño emergente. Dentro de los sucesos en que se excluye por previsión legal expresa el derecho a reclamar el lucro cesante, además del artículo 34 del Decreto 663 de 1993, se encuentran los artículos 1991, 1988 inciso 5º del Código Civil, en que se establecen las prerrogativas del arrendatario en el contrato de arrendamiento; igualmente en el caso del inciso 6º del artículo 1031 del Código de Comercio -modificado por artículo 39 del Decreto

^{10[10]} Como oportunamente se señaló el artículo mencionado es la resultante de los artículos 8º del Decreto Legislativo 356 de 1957 y el 30 del Decreto 1135 de 1992.

^{11[11]} Ortografía de la Real Academia de la Lengua Española, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 2002, pag. 66.

01 de 1990- se regula una limitación semejante en lo que toca con la responsabilidad del transportador; todo lo cual permite ver que casos hay en que el legislador restringe la indemnización a sólo el daño emergente, como lo hace el artículo 34 del Decreto 663 de 1993, interpretado razonablemente por el Tribunal.

El cargo fracasa.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 19 de abril de 2001, proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Sociedad Dissantamaría S.A. contra Almacenes Generales de Depósito de Occidente Alocidente S.A.

Condénase en costas del recurso a ambas partes. Por secretaría liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal remitente.

**EDGARDO VILLAMIL PORTILLA
JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR
CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE**