

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez

Bogotá, D.C., seis (6) de noviembre de dos mil dos (2002)

Referencia: Expediente No. 7409

Se decide el recurso de casación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 28 de septiembre de 1998, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario promovido por Aseguradora Colseguros S.A. contra Transportes Aéreos Mercantiles Panamericanos - Tampa S.A.-

I.- Antecedentes

1.- La precitada demandante solicitó que se declarara que entre ella y la Compañía Celular de Colombia Cocelco S.A., se encontraba vigente para la época de los hechos relacionados en la demanda, el contrato de seguro de transporte contenido en la póliza 511766 que amparaba todas las mercancías de propiedad de Cocelco que fueran transportadas desde Miami (Estados Unidos) hasta Santiago de Cali, Colombia.

Que así mismo había de declararse que entre Cocelco S.A. y Tampa S.A., para los meses de enero y febrero de 1995, se celebraron contratos de transporte aéreo cuyo objeto era conducir las mercancías contenidas en los pedidos 055, 057 y 048, facturas CS 8013, 139604 y 11195 de Allied Communications de Florida Inc., respectivamente, entre las ciudades de Miami y Santiago de Cali.

Igualmente declarar que la demandada Tampa "(...) es civilmente responsable con responsabilidad civil contractual de los tres siniestros y pérdidas de las mercancías" que se dejan determinadas y que debían ser transportadas entre las dos mencionadas ciudades, "(..) al haber incumplido el contrato de transporte previamente celebrado, en virtud del cual se le confió el transporte de la mercancía descrita..."

Declarar, por último, que la sociedad demandante pagó a Cocelco por los daños sufridos en virtud de la falta de entrega de la mercancía confiada para su transporte a la demandada, las sumas de \$93'551.000, \$16'332.094 y \$4'811.653 como valor del siniestro.

Condenar, en consecuencia, a la demandada Tampa S.A. a pagar a la sociedad actora dichas cantidades más el lucro cesante y los intereses moratorios de la suma debida por daño emergente.

Como hechos de la demanda se expusieron los que a continuación se compendian:

La sociedad demandante, para la época de los hechos, febrero 17 a 24 de 1995, tenía vigente el contrato de seguro de transporte celebrado con Cocelco a que atrás se aludió.

Tampa S.A., la demandada, fue contratada para conducir por vía aérea, desde Miami a Santiago de Cali, la mercancía -teléfonos celulares y accesorios- a que hacen referencia los tres "pedidos" numerados como se dejó escrito; esa mercancía fue entregada en perfecto estado por "BDO" (sic) International en los bodegas de Tampa S.A. en Miami, los días 9 de enero, 3 y 17 de febrero de 1995, respectivamente, y a su turno efectivamente transportada por Tampa con las guías aéreas 0035, 955100120 y 955100174, de enero 10, febrero 3 y febrero 24 de ese año.

La misma aerolínea Tampa recibió la carga con una nota sobre modificaciones en el empaque; luego de que la misma fuera conducida por 'Plademca' desde las bodegas de

Almabanco a la de Cocolco, Colprevi inspeccionó la mercancía, cuyo proveedor fue Allied Communications, y determinó el faltante o diferencia de unidades correspondiente a teléfonos celulares.

Cocolco avisó del siniestro a la aseguradora, y en razón de que Tampa S.A. no indemnizó a esta compañía por la susodicha pérdida, lo hizo la aseguradora hoy demandante, pagándole un total de \$114.494.756.

2.- La sociedad demandada se opuso a las pretensiones de la actora, negó buena parte de los hechos de la demanda y como excepciones propuso las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva y por activa, "la transportadora tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño", caducidad de la acción, cumplimiento contractual y limitación de la responsabilidad.

3.- Culminó la primera instancia con fallo mediante el cual se denegaron las súplicas de la demanda, decisión que, apelada por la actora, fue confirmada mediante la sentencia que hoy es materia de impugnación.

II.- La sentencia del tribunal

Anotó primeramente el juzgador que la acción aquí ejercida por la sociedad demandante, es la subrogatoria consagrada en el artículo 1096 del código de comercio, cuyos requisitos de prosperidad enumera, advirtiendo que de ellos solo se ocupará de la exigencia relativa a que, una vez ocurrido el siniestro, surja para el asegurado una acción contra el responsable.

Asevera cómo no hay duda de que el incumplimiento del contrato por parte de la empresa transportadora al no entregar la mercancía, "genera una acción civil de la remitente o destinataria" contra aquella; como tampoco la hay de la obligación que asume la transportadora frente a la aseguradora que paga en razón de esa pérdida a la aseguradora, por cuanto en ese evento opera la subrogación ope legis. Apunta así mismo que, por ser este un caso de transporte aéreo internacional, le son aplicables las disposiciones de la Convención de Varsovia de 1929.

Resalta que en el transporte, "los transportadores acostumbran utilizar agentes de carga", personas que, con cita de un tratadista nacional, define como aquellas que "contratan a nombre y por cuenta del transportador, y en tales circunstancias no adquieren las obligaciones de éste frente al remitente de la carga, puesto que no se trata de comisionistas de transporte, sino de simples agentes que actúan a nombre y por cuenta de otro".

Según testimonios recogidos, agrega el juzgador, BDP International es agente de carga de la transportadora Tampa S.A. en Miami, esto es, "se encarga de consolidar o asegurar la mercancía para ser transportada por Tampa S.A.", de manera que para actuar "expide al exportador de la mercancía un documento de transporte denominado 'guía aérea hija', amparado por otro documento de transporte denominado 'guía aérea master o maestra', expedido este último por la empresa transportadora Tampa S.A.

En el caso, afirma, mientras la demandante dice que la carga fue transportada bajo las guías aéreas 955100174, 955100120 y 955100035, "las cuales inexplicablemente no aparecen en el expediente, pero según traducción de peritos corresponde a las denominadas guías aéreas hijas", la empresa Tampa alega que el transporte se efectuó bajo cartas de porte y guías aéreas 'master' que, de acuerdo con dicha traducción, corresponde a los números 729-50779315, 729-50830636 y 729-50779761. Y concluye que, al tenor de los manifiestos de carga arrimados al expediente, debidamente traducidos, la mercancía fue transportada bajo las aludidas guías 'master', "que son verdaderas cartas de porte", por contener los requisitos mínimos exigidos por el artículo 8° del Convenio de Varsovia para esa clase de documentos.

Y añade:

"Al concordar estas guías master o cartas de porte con los manifiestos de carga que a éstas corresponden y con las mencionadas guías hijas amparadas por aquellas, se concluye; que la calidad de transportadora la ostenta Tampa S.A., que como remitente figura BDP Internacional Inc.; que Plademca Ltda, aparece como destinataria, y que la carga o mercancía transportada fueron teléfonos celulares".

Esas cartas de porte, continúa diciendo el tribunal "en cuyos textos se destaca que no son negociables, dan cuenta de la formalización de tres contratos de transporte..." entre Tampa como transportadora y BDP como remitente y la cual a su vez era agente de carga de aquella, y a pesar de que Plademca no participó en la celebración de esos contratos, el convenio de Varsovia la hace parte de los mismos. En consecuencia, dice, "no existiendo en este caso cartas de porte aéreo negociables, la destinataria Plademca Ltda, y no la persona tenedora de esas cartas, tiene derecho a reclamar la indemnización por avería o por pérdida total o parcial de la mercancía transportada".

De manera que, remata el juzgador, al no tener Cocolco la calidad de destinataria de la mercancía, no trasmite a la Aseguradora Colseguros derecho a reclamar indemnización al tercero responsable del daño asegurado, esto es a Tampa S.A., a la cual se responsabiliza por la pérdida de la misma, no se cumple, pues, este que es presupuesto de las acciones consagradas en los preceptos 1098 (sic) del código de comercio y 1666 del código civil, ya que, agrega, gracias al Convenio de Varsovia, la destinataria Plademca, que no figura como asegurada, es la llamada a reclamar la referida indemnización.

Remata considerando que no obstante ser Cocolco dueña de la mercancía, ello no la hace parte en el contrato de transporte, de manera que debe entenderse con BDP o con Plademca, mas no con Tampa para "reclamar a una o a otra indemnizaciones relacionadas con la pérdida o avería de dicha mercancía".

III. La demanda de casación

Tres cargos formula el recurrente contra sentencia impugnada, todos por la causal primera de casación, el primero por la vía directa y los otros dos por la indirecta, los cuales se estudiarán en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Formulado por la vía directa como se dijo, denúnciase en él la violación de los artículos 1096 inciso 2° y 1312 del código de comercio por interpretación errónea, lo cual condujo a la violación, por aplicación indebida, de los preceptos 1602, 1603, 1604, inciso 1°, 1605, 1608, num. 1°. 1613, 1614, 1615, 1618, 2304 del código civil; 2; 822, 1030, 1096 y 1124 del código de comercio, y por aplicación indebida, los artículos 1, 11, 13 y 14 de la Convención de Varsovia, "contenida en la ley 95 de 1965".

Al desarrollar el cargo, expresa el recurrente que, tal como aparece en el salvamento de voto de la Magistrada, "el propietario de la mercancía tiene relación directa e interés jurídico respecto del transportador, pues como lo dice el citado salvamento, el artículo 1096, inciso 2° del Código de Comercio 'exige que el dueño de la mercancía asegurada sea parte en el contrato de transporte".

El agente remitente y destinatario, agrega, tácita pero efectivamente obra a nombre del dueño de la mercancía, de donde se concluye que éste también está vinculado al correspondiente contrato de transporte.

Transcribe la cita doctrinal que sobre el concepto de agente de transporte hizo el tribunal, advirtiendo que no se le dio el alcance que le corresponde, pues de allí se deduce que si el contrato del agente es "a nombre y por cuenta de otro", este último, entonces, es parte y tiene interés en el transporte contratado por su agente.

Consecuencia de lo anterior, agrega, es que remitente y destinatario no son las únicas personas vinculadas jurídicamente al transportador, sino también el dueño de las cosas, no solo por razones obvias, sino de conformidad con el precepto 1312 del código de comercio. En efecto, dice, si esta disposición contempla que "el agente o comisionista obra por cuenta ajena", ello "implica necesariamente en el presente caso, que el dueño de la mercancía, principal interesado en el transporte, sea parte en dicho contrato que por su cuenta formalizó el agente". (Resaltado en el original),. Y remata: "Lo que equivale a que en realidad obra en nombre y representación del agenciado".

Consideraciones

En dos disposiciones que dice mal interpretadas por el juzgador, basa entonces el recurrente su alegato relativo a que en el evento del transporte de mercancías, el dueño de ellas está vinculado al respectivo contrato.

a.- La una, es el inciso 2° del artículo 1096 del código de comercio, conforme al cual, "habrá también lugar a la subrogación (del asegurador) en los derechos del asegurado cuando este, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada".

La verdad, no se ve cómo puede pretenderse que del texto de la norma atrás reproducida sea factible inferir que en el evento del transporte de cosas, el dueño de ellas -para emplear palabras del recurrente-, "en todo caso" "tiene directa relación e interés jurídico respecto del transportador" y "está vinculado al correspondiente contrato de transporte". Pues la simple lectura del inciso en cuestión enseña que esa es disposición referida, no a dicho contrato, sino al de seguro, y específicamente a la transmisión al asegurador, en caso de siniestro, del derecho de crédito del asegurado contra su deudor.

No se vislumbra, se insiste, la relación existente entre el precepto que se dice vulnerado y el tema de la vinculación del propietario de los bienes al contrato de transporte. Y tampoco el impugnador intenta siquiera buscar el nexo entre estos dos aspectos, como no sea la cita que, fuera de contexto, hace de un aparte del salvamento de voto de una de los componentes de la Sala del Tribunal, Magistrada a quien pone a decir que el citado artículo 1096 en su segundo inciso "exige que el dueño de la mercancía asegurada sea parte en el contrato de transporte", frase que la funcionaria sí utilizó, más para expresar su criterio en cuanto a que la subrogación allí prevista en favor del asegurador solo opera, para el caso, cuando el dueño de las cosas que perecieron con motivo del transporte sea parte en este último contrato.

En otras palabras, ningún error de interpretación puede achacarse al tribunal en el punto; por cierto, ya para terminar, véase que el juzgador aludió al comentado precepto 1096, no para relacionarlo con el contrato de transporte, sino para extraer de allí, en consonancia con el 1666 del código civil, los que llama "requisitos de prosperidad" de la acción subrogatoria.

b.- La otra disposición que se tilda de mal interpretada es el artículo 1312 del código de comercio, que reza así: "El contrato de comisión de transporte es aquel por el cual una persona se obliga en su nombre, y por cuenta ajena, a contratar y hacer ejecutar el transporte y conducción de una persona o de una cosa y las operaciones conexas a que haya lugar".

La forma imprecisa en que este punto se desarrolla por el recurrente, obliga a mirar tal acápite de la censura desde dos ángulos:

Si la aspiración del censor es la de manifestar que cuando la norma establece que el comisionista actúa por cuenta ajena ha de entenderse que entonces lo hace en representación del dueño, menester sería responder que interpretación semejante carece de cualquier asidero lógico o jurídico; ante todo, porque entendimiento tal pugna con el claro texto de la disposición comentada, pues esa cuenta ajena en que obra el comisionista de transporte, se refiere, no desde luego al propietario de los bienes, sino al comitente o mandante que, para decirlo con el artículo 1287 *ibídem* que define el contrato de comisión en general, es, simple y llanamente, quien "encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena".

Súmese a lo anterior que, de un lado, según el artículo 1008 del código de comercio son partes en el contrato de transporte de cosas, el transportador, el remitente y eventualmente el destinatario, sin que allí se incluya al dueño de la mercancía, quien si entonces llegare a vincularse contractualmente, no lo sería cierta y necesariamente por su carácter de dueño. Y de otro que, a términos del precepto 1314 *ejusdem*, y sin perjuicio naturalmente de los derechos de que goza y las obligaciones que asume el comisionista, quienes pueden ejercitar directamente contra el transportador las acciones por los perjuicios que éste deba indemnizar, lo son, en su caso, el pasajero, el remitente o el destinatario no, ciertamente, el dueño-; y contra ellos puede accionar a su vez el transportador en caso de incumplimiento; no contra el dueño.

De manera que la susodicha interpretación no resiste el menor análisis.

Por otra parte, si lo que el impugnante quiere expresar es que, para decirlo en sus palabras, cuando la norma (el 1312) contempla que "el agente o comisionista obra por cuenta ajena al contratarlo (el transporte), implica necesariamente en el presente caso, que el dueño de la mercancía, principal interesado en el transporte, sea parte en dicho contrato que, por su cuenta formalizó el agente" (destaca el censor, cursiva de la Sala), si esa es la idea del censor, se repite, entonces su acusación no puede soportarla en la violación directa de la ley, pues el problema no consistiría en la inadecuada interpretación del precepto, sino en la incorrecta apreciación de la situación fáctica, a saber, que "en este caso" el comisionista formalizó el transporte "por cuenta" del propietario de la mercancía. Este planteamiento obligaría al recurrente a enfilar su ataque por la vía indirecta, lo que efectivamente hizo pero al montar el segundo de sus cargos, cuyo análisis se acomete a continuación.

Mírese por donde se mirase, entonces, el cargo está condenado al fracaso. No prospera.

Segundo cargo

Enfilada la acusación por la causal primera de casación, se denuncia en ella, a consecuencia de evidentes errores de hecho en la interpretación de la demanda y del material probatorio, la violación, por falta de aplicación, de los artículos 1506, 1602, 1603, 1604 inciso 1°, 1605, 1608 numeral 1°, 1613, 1614, 1615, 1618, 1622, 2177 y 2304 del código civil, 2, 822, 1030, 1096, 1124 y 1312 del código de comercio, y 5, 11, 13 y 14 de la Convención de Varsovia, ratificada por la ley 95 de 1965.

Los errores denunciados, son los siguientes:

Primer error: manifestar erróneamente el tribunal que Cocolco no fue parte en el contrato de transporte con Tampa S.A.

Dicho contrato tuvo origen, alega el censor, en la venta que de teléfonos celulares hizo Allied Communications of Florida Inc., con sede en Estados Unidos, a Cocelco S.A., mercancía que despachó de Miami a Cali como lo acredita el documento visible al folio 28 del cuaderno principal, lo cual confirma que la mercancía transportada era de Cocelco y que "de su transporte, siendo agenciado por BDP International Inc., se encargó Tampa S.A."; así lo comprueba la orden de compra que obra al folio 23 ibídem. Por lo demás, está demostrado, y el tribunal lo acepta, que Cocelco era la propietaria de la mercancía.

De manera que las mencionadas Allied Communications y BDP obraron, "así fueran simples agentes o mandatarios sin representación, a nombre y por encargo de Cocelco, propietaria de la mercancía", circunstancia que el tribunal ignoró.

Segundo error.- El sentenciador refiere que Plademca Ltda era destinataria de la mercancía, sin tener en cuenta que dicha compañía obraba, no a nombre propio, sino por delegación de Cocelco, al prestarle el servicio de intermediaria de carga, cual lo demuestran los documentos visibles a folios 16, 58, 80, 102, 103 y 104 del cuaderno principal, corroborado esto con la firma y sello de Cocelco estampada al pie de tales documentos. La intervención de Plademca como destinataria, la ejecutó en nombre, interés y representación de Cocelco.

Tercer error.- La delegación o agenciamiento de Plademca implica una representación, "o en el peor de los casos una agencia oficiosa", y brota, además, de la condición de Cocelco como propietaria de la mercancía de lo cual el tribunal no extrajo las conclusiones pertinentes.

Y si en el referido contrato la remitente y la destinataria que en él figuraban obraban con autorización o al menos obvio consentimiento de la dueña de la mercancía, no puede concluirse que esta no era parte vinculada e interesada en ese contrato. Es inconcebible que la propietaria no sea parte, cual lo estima el juzgador.

Por su parte, Colprevi actuó como delegada de Cocelco, pues esta última suscribió y aceptó el acta de reconocimiento de mercancía realizada en las bodegas de Tampa (folio 17 cuad. 1); el tribunal no vio que el mandato sin representación y la agencia oficiosa requieren, para la vinculación del agenciado, de la ratificación de éste, no obstante que Cocelco, con su firma y con la actitud de tomar a su cargo lo referente al transporte, en su carácter de dueña de la mercancía ratificó y aceptó estar vinculada al contrato.

Consideraciones

1.- Según se ha dejado resumido, la Aseguradora Colseguros S.A., viene solicitando, básicamente, la condena a la sociedad Tampa S.A. a pagarle las sumas de dinero que en virtud de un contrato de seguro de transporte celebrado con Cocelco S.A. hubo ella a su vez de reconocerle a esta empresa como indemnización por la pérdida que de una mercancía de su propiedad (teléfonos celulares y accesorios) tuvo lugar con ocasión del desarrollo del contrato de transporte aéreo internacional que para los meses de enero y febrero de 1995 habrían ajustado la citada Cocelco y Tampa S.A. para conducir una carga entre las ciudades de Miami, Florida U.S.A y Santiago de Cali, Colombia.

Fundada como se encuentra la sentencia desestimatoria del tribunal, principalmente en la circunstancia de que al no ser 'Cocelco' parte en el aludido contrato de transporte aéreo internacional, no transmitió a la aseguradora el derecho de reclamar indemnización a la transportadora 'Tampa S.A.', a la que se responsabiliza por la pérdida parcial de la mercancía amparada por el seguro, la censura viene entonces encaminada a demostrar que semejante aseveración no corresponde a la realidad, que Cocelco, propietaria de los bienes, sí estuvo vinculada contractualmente con la demandada "Tampa S.A.", como así lo señalan, dice, las pruebas con respecto a cuya apreciación denuncia los yerros fácticos de que se dio noticia al recopilar el presente cargo.

Mas antes de pasar concretamente al análisis de esos supuestos yerros, cuya evidencia, dígase de una vez, estuvo muy lejos el censor de demostrar, pertinente es resaltar dos aspectos que a tal situación conciernen:

De un lado, el que no es cualesquier error de hecho el que merece la atención del legislador con miras al quiebre de la sentencia, el yerro de tal linaje "que trae consigo el quiebre del fallo en casación, es tan solo aquel que aflora del choque violento entre el criterio del juzgador y la lógica que surge de la realidad objetiva de las pruebas, saliendo de allí muy mal librada la dialéctica, yerro que, en consecuencia, es detectable fácilmente, precisamente porque teniendo luz propia no requiere de nada más para brillar con intensidad, de tal suerte que se pone al descubierto al primer golpe de vista". (Cas. Civ. de 15 de marzo de 2001, Exp. 6142).

De otro, y este específico punto no fue objeto de censura, el que para el tribunal la mercancía en cuestión no fue transportada cual lo afirmó el actor en su demanda, bajo las guías números 955100174, 955100120 y 95510035 (llamadas "guías hijas" y que, dice el juzgador, "inexplicablemente no aparecen en el expediente", pero se encuentran traducidas a folios 9, 10 y 11 del cuaderno No. 2), sino, "bajo las guías aéreas master" numeradas 729-50779315, 729-50830636 y 729-50779761, las cuales dan fe, asevera todavía, de tres contratos de transporte celebrados por Tampa S.A. como transportadora, la sociedad BDP International INC. como remitente y Plademca Ltda como destinataria. Son estas tres empresas, entonces, concluye el tribunal, las únicas vinculadas por el susodicho contrato.

El recurrente, a su turno, y como se advirtió, ningún intento hace por rebatir lo atinente a las "guías master" desde el punto de vista de su contenido material, y más bien pretende demostrar que no obstante el contenido de las mismas y al contrario de lo sostenido por el tribunal, sí fue parte Cocolco en el comentado contrato en la medida en que otras personas actuaron en el mismo por encargo y a nombre suyo; a comprobar esto último, y solo a ello, va encaminado el presente cargo.

2.- Sentado lo anterior, se pasa al estudio de los errores denunciados, comenzando por el que fue numerado "segundo".

a. Se afirma aquí que Plademca Ltda., la destinataria del cargamento según lo estimó el tribunal, como "prestataria de servicios de carga y aduana" que es, actuó al servicio, en nombre, en interés y en representación de Cocolco, y no a nombre propio. Para demostrar este aserto, se remite el censor a los documentos que obran a folios 16, 17, 58, 80, 102 y 104 del cuaderno principal.

Al revisar tales escritos, se tiene lo siguiente:

Los visibles a folios 16, 58 y 80, dan cuenta de sendas entregas de teléfonos celulares con accesorios que en papel membreteado con la sigla "Sincad - Plademca" se hicieron a Cocolco, en su orden, el 28 y el 9 de febrero de 1995 y el 20 de enero de 1994 (sic).

Obviamente, tal entrega no prueba por sí sola la aducida representación; de allí no es posible inferir, y menos con carácter contundente cual lo pretende el acusador, que Plademca, en tanto destinataria de la carga, hubiese sido mandataria del Cocolco para esos efectos. Ello no resulta evidente, se repite, pero, si se quiere, piénsese nada más, para no ir tan lejos, en la posibilidad, nada extraña, de que Plademca hubiese obrado simplemente por encargo, ya de la empresa señalada como proveedora de la mercancía Allied International -, ora de la que figuraba como remitente -B.D.P-. Desde luego, en evento tal, el acto posterior de entrega a Cocolco ninguna significación tendría en relación con el contrato de transporte aéreo de los bienes.

Otro tanto se puede decir con respecto a los documentos visibles a folios 102, 17 y 104:

El primero de ellos es la llamada "acta de inventario" practicada el 24 de enero de 1995 en el Depósito de Aduana de Almabanco S.A., en donde se hace constar la revisión realizada al cargamento recibido el 10 de enero de ese año, anotándose allí un faltante en los bultos equivalente a 1/38 cuyo "contenido se presume según lista de empaque debe ser: Seis (6) teléfonos celulares (...) y doscientos cincuenta y cinco (255) estuches para teléfono". En dicho inventario, cuya acta, por cierto, se levantó en papel membreteado "Sincad - Plademca Ltda", participaron, según reza textualmente, a más del director de la DIAN y el jefe de bodega de la zona aduanera de Almabanco S.A., un "funcionario de la Aseguradora Colprevi" y un "funcionario de Carlos Bernal / Sincad - Plademca Ltda". Así, no figura la sociedad Cocolco, ni quienes se hicieron allí presentes dijeron actuar en nombre de ella como sus representantes, mandatarios agentes oficiosos o cosa similar, ni por lumbre, pues, documento tal puede ser prueba evidente de que esta última compañía era la destinataria del cargamento.

Ni contribuye a probar ese aserto el escrito que obra al folio 17 del mismo cuaderno, al cual hace alusión el impugnador al folio 33, con la idea de que así se demuestra que "Colprevisa" (sic) obró como "delegada" (para efectos del transporte) de "la asegurada Cocolco". Pues el acta visible al folio 17 tan solo da razón del reconocimiento de la carga que, con la participación de Colprevi S.A., y en las "bodegas del asegurado", se llevó a cabo el 28 de febrero de 1995.

Para no decir otra cosa en el punto, nótese cómo Cocolco firma dicha acta en su carácter de, cual allí se lee, "asegurado o interesado", sin duda, no se discute en este momento la condición de "asegurada" de Cocolco, como tampoco su interés en que la mercancía de la cual asevera ser dueña, llegase en buenas condiciones y a "buen puerto"; más, como deducir de allí que Plademca actuó en su representación en el susodicho contrato de transporte?

El último documento -el del folio 104- contiene es la factura enviada por Plademca a Cocolco para el cobro de "servicios prestados en el territorio nacional", "transporte de carga a la Z.A. [zona Aduanera] Tampa".

Una vez más es imposible hablar aquí de prueba contundente o de grave yerro fáctico, cual ocurrió con la entrega de los bienes, ese escrito demostraría, si se quiere, que Plademca se encargó por cuenta de Cocolco del transporte terrestre de la mercancía a la zona aduanera de la compañía transportadora Tampa, pero nunca puede considerarse prueba prácticamente irrefutable de que Cocolco fue la real destinataria en el contrato de transporte aéreo internacional en comento.

b.- En cuento a los yerros "primero" y "tercero", se tiene:

Si Allied Communications vendió la mercancías y la despachó hacia Colombia, como lo demuestran los documentos que obran a folios 23 y 28 del cuaderno principal, asevera el censor al denunciar el que llama "primer error", entonces tanto esta compañía como B.D.P actuaron, en cuanto al transporte que de la misma realizó Tampa, "a nombre y por encargo de Cocolco", propietaria y "verdadera interesada y remitente del cargamento".

De donde, lo que se achaca propiamente al tribunal es no haber deducido de esa condición de vendedora y dueña de la mercancía de Allied International y de Cocolco, respectivamente, la calidad de mandatarios o representantes que a su turno tendrían dicha vendedora y BDP - que figura como remitente- frente a la propietaria de las cosas objeto de transporte.

Posición que, fácil es de verse, enlaza con la otra denuncia rotulada en la queja como 'tercer error', aquí, en efecto, asegura que Plademca, como destinataria, fue representante o "delegada" de Cocolco, fustigando al tribunal por no haber inferido esta circunstancia de la calidad de dueña que de las mercancías transportadas pregona Cocolco. A lo que todavía agrega que, en el presente caso, la remitente y la destinataria obraron con autorización o al menos con el "obvio consentimiento de Cocolco", por lo cual, insiste, ésta se encontraba vinculada a la relación contractual.

Ahora, bien mirada la argumentación del impugnador, al rompe [sic] se advierte cómo él pretende imponer a modo de conclusión irrecusable, aquello que precisamente constituye el objeto de demostración; véase sino: el juzgador sostiene en su sentencia que el dueño de las cosas transportadas, y acepta que Cocolco lo era, no es parte en el respectivo contrato por el sólo hecho de su condición de propietario; y en vano intento por refutarlo, el recurrente fabrica un silogismo según el cual el juzgador se equivocó en materia grave por no haber deducido del carácter de dueño, el de parte en el contrato; en otros términos, el recurrente se limita a decir sí, donde el tribunal dijo no; y así, su tesis, y con ella lo relativo al supuesto yerro fáctico, quedan en lo absoluto huérfanos de fundamentación, desde luego que lo esperado del recurrente, y por ello la ley habla de que el cargo debe demostrarse, no es que simplemente disienta del criterio del fallador, sino que compruebe que el de la corporación es equivocado y el suyo, en cambio, correcto, con el agregado de que en tratándose de yerros fácticos el error ha de ser de magnitud tal que se imponga por sí solo sin que sea menester de complicadas elaboraciones intelectuales; todo lo cual se echa aquí de menos, se repite; de manera que por este aspecto la censura fracasa.

Con todo, es conveniente comentar a ese respecto que el dueño de los bienes no es, en efecto, per se, parte en el contrato formalizado para transportarlos; esto lo enseña la misma naturaleza de esa relación jurídica, como que su propósito no es otro que el de conducir las cosas de un lugar a otro y entregarlas al destinatario, cual bien lo define el artículo 981 de código de comercio; de allí que el precepto 1008 ibidem incluya como partes en dicha convención al transportador, como es obvio, y además, no ciertamente al dueño de la mercancía, sino, de un lado, al remitente, que es quien "se obliga por cuenta propia o ajena a entregar las cosas para la conducción", y de otro al destinatario (sólo cuando acepta el contrato, según la actual legislación), definiéndolo como la persona a quien las cosas se envían; estos conceptos por sí solos indican cómo con miras al transporte de cosas y con prescindencia del dueño (quien podría ignorar la situación, asumir el papel de observador complaciente o aún oponerse a ella), el remitente y el destinatario pueden vincularse contractualmente, obedeciendo a su común necesidad o a la de uno u otro de ellos y hasta a la de un tercero; de manera que no es posible confundir el natural interés del dueño por el destino y conservación de sus bienes, con aquél ínsito [sic] en el contrato ajustado para transportarlos, y si es verdad que puede y suele acontecer que los bienes se envíen por o a su propietario, cosa tal no puede tomarse como una constante.

Ya para concluir el estudio del presente cargo, pertinente es señalar que no es difícil presumir -con el recurrente- que, en efecto, las mencionadas empresas (B.D.P y Plademca), agente de transporte la una, esto es, la que remitió la mercancía al decir del tribunal, y prestadora de servicios de carga y aduana la otra, destinataria de los bienes transportados, no optaron, por sí y ante sí, por hacer conducir un cargamento ajeno, como con un tanto de simpleza lo analizó el tribunal, desentendiéndose del interés subyacente que seguramente dio lugar al transporte del mismo; pero así mismo es cierto que el recurrente nunca pudo demostrar que la sociedad Cocolco hubiese en alguna forma tomado parte en los tratos que condujeron a la ejecución del transporte, pues extrañamente ninguna huella que adquiere la connotación de fehaciente, existe, y si existe no se aludió a ella, de ese proceso participativo que de la susodicha empresa se proclama.

Es de anotar, conforme se dejó expresado, que el juzgador puntualizó en su sentencia cómo el transporte se efectuó bajo las denominadas guías aéreas o notas de consignación

"master", en las cuales figuraban B.D.P y Plademca como remitente y destinataria respectivamente. Y en cuanto a las llamadas "guías hijas", bajo las cuales, según la demanda introductoria se realizó la conducción de la mercancía -y que no otra cosa vendrían a ser, según se desprende de autos, sino los convenios celebrados por el agente de carga antes de proceder a contratar directamente la conducción de la mercancía con la empresa transportadora-, manifestó el tribunal que, aunque fueron traducidas, "inexplicablemente no aparecen en el expediente" (véanse al respecto de tales documentos, los folios 9, 10 y 11, cuad No 2 y folios 34 y 38 cuad. No 3). Efectivamente, el impugnador ninguna alusión hizo a dichos documentos para apoyar su aserto relativo a la participación de Cocolco en el contrato en cuestión, aspecto este que, sobra decirlo, al no formar parte de la censura, constituye territorio vedado para el tribunal de casación.

Así, no prospera el cargo.

Tercer cargo

Acúsase la sentencia de ser violatoria indirectamente, a consecuencia de trascendentales y evidentes errores de hecho en la interpretación de la demanda y en la valoración del material probatorio, de los artículos 1602, 1603, 1604 inciso 1o, 1605, 1608 numeral 1º 1613, 1614, 1615, 1618, 1622, 1666, 1667, 1669, 1670, 1959, 1972, 2073, 2341 y 2356 del código civil, y 2, 822, 982, 992, 1030 inc. 1º y 1312 del código de comercio, y los artículos 5,11,13 y 14 de la Convención de Varsovia, ratificada por la ley 95 de 1965, así como el 1096 del código de comercio, por aplicación indebida.

Los errores denunciados son los siguientes:

Se equivocó el tribunal, alega el censor, al considerar la naturaleza y consecuencias de la cesión que hizo Cocolco a la aseguradora, pues estimó que la misma provino exclusivamente de la cesión ope legis prevista en el artículo 1096 del código de comercio, cuando la misma fue general e impersonal, cual aparece en los documentos visibles a folios 29, 80 y 101 del cuaderno No 1.

De esta suerte, así Cocolco no hubiera sido parte en contrato de transporte, "tal contrato puede generar responsabilidades no sólo de origen contractual entre las partes, sino extracontractual en relación con los terceros" (sic). De manera que Cocolco podía ejercer "derechos de indemnización contra cualesquiera personas por los daños sufridos en la mercancía de su propiedad". "Uno de estos derechos o acciones fue el objeto de la amplia e irrestricta cesión . y se está ejerciendo en este litigio".

Como consecuencia de lo anterior, erró de hecho el tribunal al no apreciar que "uno de esos derechos de La Aseguradora cesionaria, era el de reclamar indemnización a Tampa inclusive por el cauce extracontractual".

El soporte único de la sentencia es el de que Cocolco no era destinataria de la mercancía amparada y no era por tanto parte en el contrato de transporte. Además admite el tribunal que Tampa "era un tercero responsable de la pérdida de la mercancía" y que Cocolco era propietaria de la misma.

La precedente apreciación sirve de estribo a un nuevo yerro fáctico del tribunal, que lo condujo a pretermir que el dueño de la mercancía era Cocolco y que así no hubiera figurado en el contrato de transporte, tiene interés en el resultado del mismo, "inclusive por la vía de la responsabilidad extracontractual" (Subrayado en original).

El error del juzgador fue considerar a la aseguradora como cesionaria de Cocolco simplemente por ministerio de la ley y no como cesionaria convencional por acuerdo con el cedente; y en esas circunstancias, la actora está persiguiendo una indemnización de Tampa

S.A fundada en dicha cesión, sin que sea relevante que Cocolco fuera o no parte en el contrato, pues según los documentos anotados, el cesionario se encuentra facultado para reclamar por cualquier causa y a cualquier persona en razón del evento que ocasionó la pérdida.

"Corresponde ahora, dice le recurrente, comentar lo relativo a la responsabilidad de Tampa S.A. obrando en el marco extracontractual". Al efecto, continúa, "de acuerdo con los 'conocidos elementos que configuran esta responsabilidad', aparecen demostrados el daño, la culpa y la relación de causalidad".

Ya en sus conclusiones (folio 48 de la Corte) del cargo, para rematar razona el impugnador así:

"Por tanto, Tampa S.A es responsable de los perjuicios causados a Cocolco S.A, así ésta no tuviera el carácter de parte en el contrato de transporte, lo que no le impide a Cocolco ejercer las acciones derivadas de la responsabilidad extracontractual, todo lo cual dejó de apreciar el sentenciador".

"En consecuencia, dicha responsabilidad emana de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, que exigen la concurrencia del daño, la culpa y la relación de causalidad".

"En el caso de autos han concurrido estos tres elementos , así: a) el daño a Cocolco S.A que consistió en la pérdida de gran parte de su mercancía (.); b) la culpa de Tampa S.A que no ha sido desvirtuada (.); c) La relación de causalidad, que no tiene discusión (.).

"Cabe observar, finalmente, que el tema de la cesión convencional ha sido materia del debate desde el comienzo de la controversia, pues las notas de cesión fueron acompañadas con la demanda (.)"

Consideraciones

De entrada estimase la Corte relevada de examinar la temática propuesta en el presente cargo, pues indudablemente la cesión, con las connotaciones que en éste se plantean, constituye en últimas como un medio nuevo, cuyo estudio en casación se encuentra vedado por completo. En efecto, como puede notarse, ahora el censor, modificando por completo el rumbo de su ataque y por sobre todo, olvidando que la controversia gravitó en la responsabilidad contractual deducida en contra de la entidad demandada, salta de dicho campo al de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, con la pretensión de que la firma transportadora demandada indemnice a la compañía aseguradora por la pérdida de la mercancía transportada, no con causa en el incumplimiento del contrato de transporte, sino en el hecho ilícito que a ella sería imputable, subestimando la restricción que en el recurso extraordinario existe de alegar hechos ajenos al contenido de la discusión sostenida en el transcurso del proceso.

Ciertamente, la causa petendi de la demanda introductoria está montada en el contrato de transporte formalizado con la demandada Tampa S.A. para la conducción aérea de teléfonos celulares y sus accesorios, de propiedad de Cocolco S.A., entre las ciudades de Miami y Santiago de Cali, en desarrollo del cual contrato se habría perdido parte de la mercancía sin que la empresa transportadora hubiera indemnizado a la firma propietaria del cargamento.

Y fue con base en tales hechos que la aseguradora hoy demandante pidió, en lo pertinente, que se declarara, de un lado, que "entre las sociedades Cocolco S.A. y Tampa S.A., para los meses de enero y febrero de 1995 se celebró contrato de transporte por vía aérea cuyo objeto era transportar las mercancías contenidas en el pedido Nro. (.), de Miami ..a Santiago de Cali", y de otro que "la parte demandada Tampa S.A., es civilmente responsable con responsabilidad civil contractual, de la ocurrencia de los tres (3) siniestros y pérdida de las

mercancías (.) al haber incumplido el contrato de transporte previamente celebrado, en virtud del cual se le confió el transporte de la mercancía descrita en los hechos de la demanda" (sublíneas ajenas al texto). Como consecuencia de estas declaraciones, solicitó la actora que se condenara a la demandada, como obligada civilmente, a pagar las sumas de dinero que allí determinó.

Más claro, imposible, el presente proceso se forjó, sin el menor género de duda, en la responsabilidad contractual, no obstante lo cual, el demandante, ya en casación, aspira a que la empresa Cocolco S.A y por contera ella misma en su calidad de cesionaria, sea tenida, no como parte sino como tercero respecto del transporte, desplazando el asunto del dominio de la culpa aquiliana y prescindiendo entonces del contrato, fundamento fáctico que constituyó nada menos que la armazón de las litis y alrededor de cuyo pretendido incumplimiento por parte de la demandada se trabó y adelantó la controversia.

De donde asoma que el censor en este aparte de su censura pretende "que el litigio se solucione mediante el estudio de extremos absolutamente distintos a los que fueron básicos en la demanda" (XLIII, pag. 370), sorprendiendo a su contraparte y atacando la sentencia por no comprender situaciones que no fueron sometidas a la consideración del juzgador, lo cual da lugar a lo que jurisprudencialmente se ha denominado cuestión o medio nuevo, cuya presencia en casación resulta inadmisibles según insistentemente lo ha expresado la Corte, pues además de que razones de orden formal prescriben tal posibilidad, como que ello equivaldría no más que a alterar la demanda y a modificar el contenido de la relación jurídica procesal (G.J. t. XLII, 501, sent. 28 de noviembre de 1936), por motivos de cariz constitucional ello viene improcedente, en tanto que entraña una violación del derecho de defensa del litigante contra el cual se pretenda hacer valer, amén de la pretermisión de las instancias que en ciernes se alcanza a delinear, y acaso el desconocimiento de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la teoría constitucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Por supuesto que el recurso de casación " (.) va dirigido contra el fallo, en cuanto ha desatado una controversia teniendo en cuenta los elementos aducidos y los hechos invocados en ella y no elementos ni hechos ajenos al litigio, y por tanto desconocidos del juez. En otros términos, la sentencia no puede enjuiciarse en casación sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no solo entre las partes sino respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas" (Casaciones de 1° de marzo de 1955, G.J. LXXXIII, pg. 76 y de 24 de abril de 1997, exp. 4474).

Razones son las anteriores más que suficientes para concluir que el presente cargo, fundado como está en una cuestión o medio nuevo, no se abre paso.

IV.- Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de procedencia y fecha preanotadas.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Notifíquese y devuélvase tempestivamente al Tribunal de origen.

JORGE SANTOS BALLESTEROS MANUEL ARDILA VELASQUEZ JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO (en permiso) JOSE

FERNANDO RAMIREZ GOMEZ SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO CESAR JULIO
VALENCIA COPETE