

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado Ponente

SC11822-2015

Radicación No. 11001-31-03-024-2009-00429-01

(Aprobado en sesión de cinco de mayo de dos mil quince)

Bogotá D. C., tres (3) de septiembre de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que interpuso la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida en el proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. instauró una demanda contra Air Carrier Zona Franca S.A. para que se declarara que entre esta y la sociedad Intcomex Colombia Ltda. se celebró un contrato de transporte multimodal, el cual fue incumplido por la primera al no haber entregado en el sitio de destino la totalidad de las mercancías que debían ser trasladadas.

Solicitó declarar que, en consecuencia, la compañía transportadora es civilmente responsable de los perjuicios que ocasionó a su cliente en razón del incumplimiento contractual y debe resarcirlos.

Asimismo, se reconociera la subrogación que operó por ministerio de la ley en los derechos y acciones de la propietaria de los productos contra la porteadora hasta concurrencia del importe de la indemnización que pagó como consecuencia del siniestro, y por lo tanto se condenara a la empresa Air Carrier Zona Franca S.A. a pagarle la cantidad de \$701'667.479,00 con indexación e intereses de mora, liquidados desde que se desembolsó ese monto a la beneficiaria del seguro.

B. Los Hechos

1. La demandada adquirió la calidad de operador de transporte de la sociedad Intcomex Colombia Ltda. en virtud del contrato de transporte multimodal que celebraron.

2. En el mes de julio de dos mil ocho, la transportadora se obligó a trasladar desde Miami (Estados Unidos de América) hasta la ciudad de Bogotá, mercaderías pertenecientes a la contratante que fueron recibidas por el embarcador Advanced Logistics Inc. en el sitio de origen, pero la mayoría de ellas no fueron entregadas en el lugar de destino.

3. Los efectos comerciales faltantes corresponden a 570 computadores portátiles Hewlett Packard; 50 memorias DDR2 de 2 GB y usb de 8 GB; 200 discos duros externos Western Digital de 250 GB; 280 procesadores Intel Pentium DC2 de 2 GHZ; 5 switch de 8 puertos y 5 switch de 24 puertos Linksys; 800 routers inalámbricos; 64 impresoras T640N, T642N, E120N, C532N, además de 384 impresoras E120LV, cuyo valor total era de USD 511.774,17.

4. Intcomex Colombia Ltda. tomó con Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. la póliza No. 2201208000287 de seguro de transporte automático de mercancías con vigencia del veintiuno de enero de dos mil ocho al primero de enero de dos mil nueve.

5. Debido a la falta de entrega de los indicados bienes, la asegurada presentó reclamación ante la demandante, la que cumplido el trámite pertinente, le canceló una indemnización por valor de \$701'667.479,00.

6. La actora, por el pago efectuado, se subrogó en los derechos y acciones de la asegurada frente a la operadora de transporte multimodal en su condición de civil y contractualmente responsable de la falta de entrega de una parte de las mercancías porteadas.

C. El trámite de la primera instancia

1. La demanda se admitió en providencia de treinta y uno de julio de dos mil nueve y se ordenó dar traslado a la parte demandada. [Folio 126, c. 1]

2. Air Carrier Zona Franca S.A. se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito de «*caso fortuito o fuerza mayor*», «*inexistencia de la subrogación para demandar al estar a paz y salvo la pasiva tanto como Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. como Intcomex Colombia Ltda.*», «*falta de respeto a los actos propios*», «*cobro de lo no debido*», «*falta de legitimación por activa*», «*falta de legitimación por pasiva*» e «*improcedencia de la indexación o corrección monetaria por no poderse imputar dolo al transportador*».

En sustento de esas defensas, indicó que a pesar de haberse tomado todas las medidas de seguridad necesarias para la protección de la carga por parte de su embarcador Advanced Logistics Inc. en la ciudad de Miami, se presentó el hurto de las mercancías porque fueron vulnerados todos los sistemas de puertas, alarmas y cámaras de esa empresa, de ahí que el incumplimiento del contrato de transporte se produjo en virtud de una causa extraña que la eximía de responsabilidad.

Además, en el documento denominado «*recibo de indemnización*» la generadora de la carga Intcomex Colombia Ltda. la exoneró de cualquier reclamación al declararla a paz y salvo de todas sus obligaciones adquiridas por la póliza de seguro, de ahí que amén de que ninguna de las partes se encontraba legitimada en la causa,

no existió la subrogación y el proceder de la actora es constitutivo de un cobro de lo no debido y desconocimiento del acto propio.

Por último, si se llegara a considerar procedente la condena, no habría lugar a reconocer la indexación o corrección monetaria ante la imposibilidad de imputarle dolo en su conducta. [Folio 137 y ss, ib.]

3. La sentencia proferida por el *a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas, y accedió al *petitum* de la demanda condenando a Air Carrier Zona Franca S.A. a pagarle a la actora la cantidad de \$701'667.479,00 más los intereses moratorios desde el treinta de enero de dos mil nueve hasta que fuera solucionada dicha obligación. [Folio 440, ib.]

4. Inconforme con lo resuelto, la sociedad transportadora interpuso el recurso de apelación. [Folio 442, ib.]

D. La decisión de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó el fallo recurrido; en su lugar, denegó los pedimentos de la demandante.

Como fundamento de su decisión, el *ad quem* sostuvo que aunque no ofrecía discusión alguna entre las partes el hecho de que en el mes de julio de dos mil ocho se presentó

un hurto de mercancías en las bodegas de la sociedad Advanced Logistics Inc., del material demostrativo no se desprendía que el pago realizado por la compañía aseguradora con ocasión de ese suceso a favor de Intcomex Colombia Ltda., correspondía a las que fueron objeto del contrato de transporte que esta última celebró con la demandada.

Aunado a lo anterior, no se demostró la existencia de un pago válido que determinara la prosperidad de la acción subrogatoria, dado que el recibo expedido por la empresa generadora de la carga se aportó al proceso en copia carente de mérito probatorio, y la circunstancia de no haberse tachado de falso por la demandada no lo convertía en documento auténtico, en la medida en que no lo suscribió ni intervino en su elaboración, de ahí que frente a la transportadora se trataba de un texto de contenido dispositivo emanado de tercero, que se hallaba desprovisto de autenticidad y del cual no podía predicarse que fuera susceptible de reconocimiento implícito.

La constancia emitida por Intcomex de Colombia Ltda. referente al pago de la reclamación por el valor que se pretendió en la demanda -agregó- también fue allegada en copia que carecía de autenticidad, y la declaración rendida dentro del juicio por quien suscribió el recibo de pago en su condición de representante legal de dicha empresa, no podía tenerse como reconocimiento del aludido documento, dado que al momento de recibirse el testimonio, la

deponente ya no ostentaba la representación legal de la entidad.

Las circunstancias precedentes determinaron que, según expuso la corporación judicial, los documentos anteriormente mencionados resultarían ineficaces para soportar las pretensiones de la demanda, además de lo cual las pruebas incorporadas al expediente no permitían presumir el detrimento patrimonial que se le ocasionó a la propietaria de las mercancías, presupuesto de la acción que la demandante no se ocupó de demostrar.

Las facturas, recibos de bodega, tiquetes de entrega, listas de empaque y conocimientos de embarque que se aportaron con el fin de acreditar la cuantía del perjuicio experimentado por Intcomex de Colombia S.A. con ocasión del siniestro, amén de obrar la mayor parte en copia, no permitían establecer cuáles mercaderías se entregaron a la demandada para que las transportara, ni las que fueron hurtadas, cuya prueba no podía derivarse únicamente de la comunicación remitida por la firma que se desempeñó como revisora fiscal de esa sociedad.

Además, la información registrada en algunos de ellos no coincidía con la que se reportó en otros con los que se pretendió reseñar las características de la mercancía objeto de la sustracción, pues las particularidades de los bienes no se consignaron en los recibos de bodega expedidos por la embarcadora Advanced Logistic Inc.

En suma, -indicó el sentenciador- no se probó la satisfacción de los presupuestos de la acción de responsabilidad civil contractual ni de la subrogación, pues de la primera quedaron sin comprobarse los relativos al «*incumplimiento culposo de la prestación debida y el nexo de causalidad correspondiente*»¹, y de la segunda se dejó sin demostración el pago realizado por concepto del siniestro.

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

En el único cargo formulado, la demandante denunció bajo la causal primera, la violación indirecta -por falta de aplicación- de los artículos 981, 982, 987, 992, 1008, 1030, 1031, 1036, 1037, 1045, 1046, 1054, 1072, 1077, 1079, 1080, 1083, 1088, 1096, 1098, 1110, 1127 y 1133 del Código de Comercio.

Lo anterior, como consecuencia de «*evidentes, protuberantes y trascendentes errores de hecho en la apreciación material de varios medios de prueba*»², que llevaron al sentenciador de segunda instancia a negarles mérito probatorio a los documentos que demostraban el pago realizado por la compañía aseguradora, en virtud del cual operó la subrogación consagrada en el artículo 1096 del estatuto mercantil.

Esa errónea inferencia del Tribunal -sostuvo el censor- provino de la confusión que aquel experimentó acerca de la naturaleza de las pruebas documentales referentes a la

¹ Folio 62, c. 2.

² Folio 33, c. 3.

reparación recibida por la asegurada Intcomex de Colombia Ltda., pues consideró que su contenido era dispositivo, cuando «*es claro que los mismos son simplemente declarativos o testimoniales*»³, de ahí que al apreciarlos incurrió en error fáctico.

Dentro de esos documentos se encuentra el «*recibo de indemnización*» obrante al folio 105 del cuaderno principal del expediente, emitido el diecinueve de febrero de dos mil nueve, en el que la representante legal de la indicada sociedad declaró que «*recibió y aceptó de MAPFRE la suma de \$701'667.479,00, por concepto de la indemnización por el siniestro amparado por la póliza objeto de este proceso*».⁴

La otra prueba documental es la constancia expedida por la representante legal de Intcomex Colombia Ltda., de fecha diecinueve de febrero de dos mil nueve, en la que se dejó constancia de haber recibido el treinta de enero anterior la suma de dinero señalada en el recibo de indemnización, como consecuencia del reclamo que presentó ante Mapfre con ocasión de la realización del riesgo asegurado.⁵

El contenido de esos escritos, contrario a lo que consideró el *ad quem*, es declarativo o testimonial, por cuanto «*no fueron creados con el fin u objeto de crear, modificar o extinguir una relación jurídica, ni su fin u objeto*

³ Folio 34, ib.

⁴ Folio 35, ib.

⁵ Obrante al folio 168 del cuaderno 1.

*fue crear efectos negociales, sino simplemente dejar constancia de la ocurrencia del pago de la indemnización».*⁶

Esos medios demostrativos -agregó- no reflejaban la celebración de un acto o negocio jurídico entre dichas personas jurídicas, pues se restringían a dejar testimonio de la ocurrencia del pago, motivo por el cual su naturaleza era la de una simple declaración «*desprovista de un efecto negocial específico*».⁷

Sin embargo, el Tribunal «*supuso la existencia de documentos de contenido dispositivo*» a pesar de tratarse de simples constancias en las que no aparece una manifestación orientada a «*contraer una obligación, a modificar o precisar el alcance de una prestación negocial ya existente, ni a ponerle fin a un vínculo jurídico*»⁸. Con la certificación emanada de la propietaria de las mercaderías sustraídas «*no se buscaba reconocer la existencia del siniestro, ni darle un efecto jurídico concreto al pago de la indemnización, sino simplemente dejar constancia o testimonio del pago del siniestro por la suma de \$701'667.479,00*».⁹

El desacierto de orden fáctico en que incurrió el fallador de la segunda instancia -añadió- lo condujo a que le negara mérito probatorio a los indicados documentos que, por ser declarativos, debían ser apreciados por el juez sin formalidad alguna, salvo que la demandada, dentro de

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ Folio 37, Ib.

⁹ Ibidem.

la oportunidad procesal pertinente, hubiera pedido su ratificación, lo que no ocurrió.

De las pruebas indebidamente valoradas se desprendía la existencia del pago que realizó la actora a favor de la asegurada, a partir del cual se produjo la subrogación que se alegó en la demanda.

El Tribunal -afirmó el casacionista- también cometió error de hecho al preterir la valoración de otros medios de convicción con los que la demandante demostró haber pagado la indemnización.

Dentro de ellas se encuentra el testimonio de María Fanny Mejía Arenas, quien se desempeñó como representante legal de la empresa generadora de la carga y propietaria de las mercancías, porque *«solo le dio importancia a si era viable o no que aquella reconociera los documentos citados»*, sin valorar objetiva y materialmente la declaración, de cuyo contenido se desprendía que Intcomex Colombia Ltda. recibió de la demandante la reparación por concepto del siniestro acaecido con la pérdida de parte de los bienes que debía transportar la demandada.

La declaración rendida en el proceso por Marleni Gutiérrez Ramírez, quien tenía la representación legal de dicha compañía importadora al momento de practicarse dicha prueba -agregó- tampoco fue objeto de valoración en la sentencia impugnada.

Lo anterior a pesar de la importancia de ese medio demostrativo para la solución del litigio, en virtud de las manifestaciones de la testigo acerca del pago de \$701'667.479,00 por Mapfre a Intcomex Colombia para resarcirle los perjuicios económicos que sufrió como consecuencia de la pérdida de las mercancías que debían ser trasladadas, y por cuanto la deponente reconoció las aseveraciones que se hicieron en el «*Recibo de Indemnización*» y la constancia obrante al folio 168 del cuaderno principal, documentos que expidió la sociedad a la cual representaba.

Con la aludida prueba -concluyó- se produjo el reconocimiento expreso de los textos cuya autenticidad echó de menos el juzgador de segunda instancia, razón por la cual es equivocada su conclusión sobre la ausencia de demostración de la existencia de un pago válido por la aseguradora, lo que es predicable asimismo de las consideraciones referentes a la falta de prueba de que esa erogación hubiera correspondido a los productos objeto del contrato de transporte celebrado con Air Carrier Zona Franca, porque los medios de convicción reseñados evidenciaron que el desembolso tuvo como causa la pérdida de esas mercancías, y la demandada en comunicación de diecinueve de julio de dos mil ocho¹⁰ -que no fue desconocida ni tachada en el juicio- reconoció tal hecho y ofreció su colaboración para aclarar lo sucedido.

¹⁰ Folio 36, c. 1.

Adicionalmente, no se apreciaron las certificaciones expedidas el trece de agosto de dos mil ocho y el veintidós de febrero de dos mil doce por las sociedades Cabadelpa Colombia S.A. y Amézquita y Cía. respectivamente, en las que -en su condición de revisoras fiscales de la asegurada- hicieron constar que de acuerdo con los registros contables y las facturas de compra, el valor FOB de los bienes objeto de la ilegal sustracción ascendía a US\$511.774,17.

Las referidas pruebas demostraban la pérdida patrimonial sufrida por la dueña de los elementos hurtados, pues las aseveraciones allí contenidas se respaldaron en la contabilidad de Intcomex Colombia y en los instrumentos que acreditaban la compra de esos productos, de ahí que el sentenciador debió otorgarles credibilidad en lugar de buscar «*supuestas inconsistencias*» en las facturas de adquisición de los bienes, labor que -añadió- resultaba irrelevante frente a «*la contundencia de las constancias dadas por las firmas de revisoría fiscal y que no fueron valoradas en lo más mínimo en la sentencia de segunda instancia*». ¹¹

Por último, el Tribunal no vio la confesión contenida en la contestación a la demanda, en donde la sociedad Air Carrier Zona Franca reconoció la pérdida, en sus manos, de una parte de los efectos comerciales que le fueron entregados en la ciudad de Miami para su transporte, aunque atribuyó ese hecho a una fuerza mayor o caso fortuito consistente en el hurto perpetrado por terceros que violaron la seguridad de las bodegas en donde se hallaban.

¹¹ Folio 43, Ib.

Concluyó el censor que en el proceso existe «*prueba de que buena parte de las mercancías fueron hurtadas, que AIR CARRIER acepta que el hurto se produjo y que, además, el hurto ascendió a USD \$511.774,17, por lo cual la aseguradora indemnizó la suma de \$701'667.479,00 que corresponde al límite máximo asegurado*». ¹²

Los yerros fácticos en que incurrió el *ad quem*, además de protuberantes fueron trascendentes, pues le impidieron tener por demostrado el pago que realizó la demandante a favor de Intcomex Colombia, y aunado a lo precedente, no le permitieron tener por acreditado el monto de la pérdida económica que esta sufrió, con lo cual se dejaron de aplicar las normas invocadas, que regulan la responsabilidad del transportador, el contrato de seguro y la subrogación legal de la compañía aseguradora.

De no haber mediado tales desaciertos, la solución de la controversia hubiera sido distinta, pues -agregó- el juzgador habría encontrado probado el perjuicio sufrido por la asegurada y el pago de la indemnización por parte de Mapfre, que aunados a la demostración de los contratos de seguro y de transporte, habrían conducido a la prosperidad del *petitum* de la demanda.

Por lo anterior, el recurrente solicitó casar la sentencia impugnada y, en sede de instancia, confirmar la proferida por el *a quo*.

¹² Folio 44, Ib.

III. CONSIDERACIONES

1. La acusación formulada por el casacionista involucra dos temas de acentuada importancia en el derecho probatorio relacionados con la prueba documental, cuyo análisis asumirá la Sala para establecer si el sentenciador incurrió en los errores de hecho que le endilgó el casacionista al negarle mérito demostrativo a los medios de convicción de esa clase que se aportaron con la demanda.

El primero de ellos es el relativo a la forma en que deben aportarse al juicio los documentos privados y el segundo corresponde a la eficacia demostrativa de los que emanan de terceros.

1.1. En cuanto a la aducción de esa prueba por las partes, el legislador estableció que ellas *«deberán aportar el original... cuando estuviere en su poder»* según lo preceptúa el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, norma que además consagra como excepción a esa regla, que podrán aportarse en copia los que hayan sido protocolizados; los que formen parte de otro proceso del que no se puedan desglosar, siempre que la reproducción se expida por orden del juez; y aquellos cuyo original no se encuentre en poder de quien los allega, bajo el entendido de que por aquel debe entenderse el que *«se aporta tal como fue creado por su autor»*.

Es claro, entonces -sostuvo la Sala- que la reseñada disposición (art. 268 C.P.C.), impone a las partes el deber de

llevar al proceso los originales que estén en su poder, pues así lo explicita la norma de manera incontestable. Sin embargo, conforme a lo dispuesto por los artículos 253 y 254 Ibídem, es factible aportar documentos en copias, caso en el cual éstas solamente tendrán el mismo mérito que el original, en las hipótesis previstas en la última norma mencionada... (CSJ SC, 4 Nov. 2009, Rad. 2001-00127-01, reiterada en CSJ SC, 6 Abr. 2011, Rad. 2004-00206-01).

1.2. Muy diferente es el régimen que gobierna a los documentos emanados de terceros, que se rigen por lo estatuido en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, precepto a cuyo tenor:

Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez:

1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252.

2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación.

1.2.1. Diversos criterios ha adoptado la doctrina en cuanto a la clasificación de los documentos, dentro de los cuales se encuentra el que atiende a su contenido, distinguiendo entre ellos los que: (i) representan un objeto, una persona o un hecho por medios diferentes a la escritura o de signos semejantes (representativos); (ii)

manifiestan el pensamiento de quien los ha creado o hecho crear a través de una declaración que se asimila a un testimonio (declarativos); (iii) relatan hechos imaginados (narrativos), y (iv) constituyen, modifican o extinguen una relación jurídica o un derecho (constitutivos o dispositivos).

Carnelutti aludió a la diferenciación que hacía la doctrina alemana entre documentos dispositivos (*dispositivurkunden*) y testimoniales (*zeugnisurkunden*), en tanto los primeros contenían una declaración constitutiva y los segundos una de carácter testimonial, categorías a las que se añadía la de documentos confesorios (*geständnissurkunden*).

En los primeros -explicó- la declaración no se limita a la fijación de un hecho, sino que «*se concreta en la constitución ex novo de un hecho (jurídico)*». ¹³

En cuanto a la corrección teórica de esa división -sostuvo el tratadista- no había reparo que formular, pues el criterio deducido de «*la naturaleza del acto representado*» era exacto y «*no cabe negar la diferencia entre declaración testimonial (stricto sensu) y la declaración confesoria; en principio, el criterio es también importante, puesto que de la pertenencia de la declaración a una u otra categoría depende que el documento aparezca, por lo general, como fuente primaria o secundaria de prueba*»; sin embargo, a su juicio, la distinción no trascendía

¹³ CARNELUTTI, FRANCESCO. La prueba civil. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1947, p. 178 y ss.

en materia de eficacia probatoria, la que no podía variar con el cambio de naturaleza de la declaración representada.

1.2.2. Por el contrario, en nuestro ordenamiento jurídico, el contenido o el acto que representa el documento emanado de un tercero, sí es una cuestión relevante en la estimación de su valor demostrativo, dado que el artículo 277 del estatuto adjetivo restringe la posibilidad de reconocer mérito probatorio, tratándose de los pertenecientes a la categoría de los dispositivos y representativos, a los que sean auténticos de conformidad con el artículo 252 *ejusdem*, norma que establece los casos en los que el instrumento privado tiene ese carácter; empero, si son declarativos, su valoración no está sujeta a esa formalidad, como se verá más adelante.

Para Devis Echandía, los actos que pueden ser representados por el documento, son: (i) **dispositivos o constitutivos** si refieren a manifestaciones de voluntad de las que se derivan consecuencias legales (pueden contener declaraciones recepticias y no recepticias según requieran o no su conocimiento por el destinatario o beneficiario para producir las aludidas consecuencias); (ii) **declarativos de ciencia** si corresponden a lo que «*se sabe o se conoce en relación con algún hecho*» con un significado testimonial o con una connotación confesoria, según sus efectos probatorios perjudiquen o no al declarante; (iii) **simplemente narrativos** cuando consisten en una representación imaginativa sin contenido confesorio ni testimonial como una novela o un poema; (iv) **acciones o**

situaciones no declarativas como la reproducción de personas, animales, cosas o hechos naturales o paisajes mediante un dibujo, pintura, fotografía o película; y (v) **declaraciones de puro derecho** relacionadas con «*actos jurídicos pasados, presentes o futuros*» lo que ocurre, por vía de ejemplo, cuando «*las partes hacen constar por escrito la interpretación jurídica que le dan a un contrato ya celebrado o que están celebrando verbalmente o en otro documento e inclusive que contemplan celebrar en el futuro*».¹⁴

En la clasificación expuesta, los documentos dispositivos o constitutivos son aquellos cuyo contenido está dado por actos de voluntad encaminados a producir efectos jurídicos sustanciales (v. gr.: contratos, testamentos, donaciones, etc.), los cuales, posteriormente, han sido identificados con los que «*constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas: un contrato, una letra de cambio, etc.*» en tanto los informativos o puramente declarativos «*se limitan a dejar constancia de una determinada situación de hecho*».¹⁵

Según algunos autores, los documentos también pueden ser mixtos si su contenido es a la vez declarativo y constitutivo, los que se caracterizan por integrar «*una declaración de ciencia sobre determinados hechos que allí se relatan*», y «*una declaración de voluntad que origina ciertos efectos jurídicos materiales*».¹⁶

¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Teoría general de la prueba judicial. Tomo II. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1976, p. 514, 515 y 540.

¹⁵ DE SANTO, VÍCTOR. El Proceso Civil, Tomo II Prueba Documental. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1983, pág. 34 y ss.

¹⁶ DE SANTO, VÍCTOR. Op. Cit., p. 46-47.

Como ejemplo de lo anterior se ha citado el de «*la declaración de que los contratantes concurren ante un escribano, en cierta fecha y ante ciertos testigos e hicieron ciertas manifestaciones, o que en tal lugar y en tal fecha las partes convinieron en celebrar por escrito privado un contrato o **hacer constar el que ya habían celebrado**; y de la segunda, las prestaciones recíprocas pactadas en el contrato*»¹⁷ (subrayado no es del texto).

1.2.3. La jurisprudencia de esta Corporación se ha referido en múltiples ocasiones a la necesidad de distinguir la naturaleza del contenido de los documentos privados en orden a otorgarle valor probatorio, pues en relación con los que proceden de terceros, el legislador ha supeditado su mérito demostrativo al cumplimiento de requisitos que difieren según aquellos sean dispositivos o constitutivos, representativos o simplemente declarativos.

A ese respecto, ha sostenido que «*cuando se pretenda hacer valer “documentos privados de terceros de naturaleza dispositiva o simplemente representativa”, su “estimación” sólo es viable si se tiene certidumbre sobre su procedencia, ante su reconocimiento, en los términos de los artículos 252 y 277 del Código de Procedimiento Civil*», carga de la cual se exonera a «*aquellos de “contenido declarativo”*» (CSJ SC, 7 Mar 2012, Rad. 2007-00461-01), a los cuales «*podrá el Juez concederles valor, siempre que la parte contra quien se oponen no solicite, oportunamente, su ratificación (nral. 2 art. 10 ley 446/98, derogatorio del nral. 2 del art. 277 ib.)*» (CSJ SC, 4 Sep. 2000, Rad. 5565).

¹⁷ Íbidem.

En relación con las pruebas documentales de naturaleza declarativa precisó:

(...) en lo tocante con su eficacia probatoria, ninguna norma procesal ha exigido la autenticidad», toda vez que «por sus características especiales, han tenido una regulación también particular que, en la legislación permanente, ha consistido en asimilarlos a los testimonios para efecto de su ratificación (o, más bien, su recepción directa), salvo cuando, por acuerdo de las partes se acepta el documento como tal (arts. 277, num 2° ., y 229 inciso 2° C. de P.C.)» (CCXLIII, págs. 297 y 298). Pero a partir de la vigencia del decreto especial de descongestión antes aludido, “Esa ‘ratificación’, que en realidad consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó..., con la salvedad de que debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa. En caso contrario, el documento será estimado por el Juez, sin ninguna otra formalidad” (se subraya; CCXXII, pág. 560)... (CSJ SC, 18 Mar. 2002, Rad. 6649).

1.2.4. En el caso de los documentos que contienen actos de voluntad por los cuales se disponen, contraen, generan o extinguen obligaciones (dispositivos) y de los que sin tener narraciones o declaraciones de cualquier índole, plasman imágenes o representaciones gráficas (representativos), la eficacia probatoria en el actual régimen legal depende de su carácter de auténticos, en virtud de lo cual sólo se estimarán por el juzgador si reúnen los requisitos de los artículos 252 y 268 del Código de Procedimiento Civil.

En cambio, respecto del documento declarativo, la ley condicionó su valor probatorio al requisito de la ratificación y no al de la autenticidad, lo que se explica por sus especiales características, pues en tanto contiene una declaración de ciencia o de conocimiento sobre determinados hechos, en su materialidad corresponde en estricto sentido a un testimonio, atributo que no pierde a pesar de estar consignada en un medio instrumental.

1.2.5. El ordenamiento adjetivo, entonces, estableció la “*ratificación*” como única formalidad para reconocerle valor como prueba, como así puede apreciarse en la siguiente reseña normativa:

En la redacción original del estatuto procesal (Decreto 1400 de 1970), mientras a los documentos dispositivos y representativos se les exigía el reconocimiento por su autor, la orden de tenerlos por reconocidos o que se hubiere probado por otros medios su autenticidad para ser considerados como probanzas, para los simplemente declarativos se consagraba el requisito de haberse ratificado su contenido «*mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios*» (artículo 277).

El Decreto 2282 de 1989 (artículo 1°, num. 124) modificó dichas previsiones para establecer que los documentos de naturaleza dispositiva o representativos

serían apreciados por el juez si eran auténticos de conformidad con el artículo 252, y sujetó la eficacia de los declarativos a que se ratificara su texto, lo que no sería necesario «*en el caso previsto en el inciso segundo, numeral 2 del artículo 229*», es decir cuando las partes lo hubieren solicitado de común acuerdo y el juez no lo considerara necesario.

Con la promulgación de normas cuyo propósito era descongestionar los despachos judiciales, tales como el Decreto 2651 de 1991 (art. 22 num. 2), la Ley 446 de 1998 (art. 10 num. 2) y la Ley 794 de 2003 (art. 27), se implementaron medidas, que dentro de la filosofía que inspiró esas reglamentaciones, estaban encaminadas a reducir o eliminar muchas de las formalidades a las que se sujetaban las pruebas permitiendo agilizar el trámite del proceso.

Una de ellas fue justamente relevar al juzgador de la práctica obligatoria de la diligencia de ratificación, que resultaba dispendiosa y creaba congestión en los despachos judiciales, estableciendo que solo se realizará cuando así lo solicite la parte contra la cual es aducido el documento declarativo. En caso contrario, dicha prueba será valorada sin exigir ninguna formalidad, pues -se reitera- la única requerida es la de citar a quien lo suscribió para que lo reconozca y sea escuchado en audiencia de testimonio.

1.2.6. La evolución histórica del artículo 277 del estatuto procesal -a través de su reforma en el curso de los años- revela que el legislador nunca tuvo la intención de equiparar los documentos declarativos con los dispositivos y los representativos; por el contrario, tal como se ha insistido por esta Sala, el régimen de los primeros siempre ha sido específico y distinto del que gobierna a las otras categorías.

Demostrativo de esa diferenciación que el mismo ordenamiento instituyó entre unos y otros es, precisamente, la dualidad de requisitos exigidos a efectos de habilitar su valoración por el juez, pues en tanto de los constitutivos reclamó la autenticidad del documento, de los declarativos, en un comienzo, pidió su ratificación por el tercero, pero después y por razones de celeridad del proceso, prevalencia del derecho sustancial y eficacia de las prerrogativas subjetivas involucradas en el litigio, estimó innecesaria esa diligencia, salvo que fuera solicitada por la parte contra la cual se presentó la prueba.

1.2.7. Con la claridad suministrada por esas premisas, no habría lugar a interpretar, de ningún modo, que la eficacia probatoria de los documentos declarativos fue supeditada a que estos se aportaran en original o copia auténtica, porque lo cierto es que las particularidades de ese medio de prueba motivaron un régimen legal propio en el que la única formalidad exigida para su valoración por el juez es la ratificación de su contenido.

La ley no exigió el cumplimiento de esos dos requisitos y no podía hacerlo, porque tratándose de medios de convicción respecto de los cuales las partes no tienen objeción alguna en cuanto a su fuerza probatoria, se hacía innecesario que además de la ratificación, el documento se allegara conforme a lo estatuido por los artículos 252, 254 y 268 del Código de Procedimiento Civil, cuando a través de la primera habría de surtirse su reconocimiento mediante prueba testimonial.

Tratándose, entonces, de los documentos declarativos emanados de terceros, el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil consagró un régimen especial en el que no resultan aplicables las reglas fijadas en los mencionados preceptos; por eso, los requisitos que determinan su eficacia demostrativa, no son los mismos que se exigen para los dispositivos y representativos provenientes de terceros, ni para aquellos que proceden de las partes.

Para su estimación como prueba -se insiste- no requieren de formalidad distinta a la de ratificarse su contenido cuando así lo solicite la parte contra la cual es aducida, razón por la cual es posible reconocerle mérito demostrativo aún si no fue aportada en original o copia auténtica.

2. Siendo punto de partida las precedentes consideraciones, es necesario reparar en que el Tribunal, en el asunto que es materia del recurso extraordinario, estimó que no podía otorgarle valor probatorio al “recibo de indemnización” y a la constancia de pago emitidas por Intcomex Colombia Ltda., con las que la actora pretendió demostrar que había cancelado la indemnización generada por la ocurrencia del siniestro que afectó el amparo contratado por dicha sociedad al no entregarse en su lugar de destino una parte de las mercancías que debían ser transportadas.

Lo anterior por cuanto fueron allegadas en copias no autenticadas o informales, amén que la declaración rendida por la empleada que los suscribió no producía los efectos de reconocimiento expreso, dado que ya no ostentaba la representación legal de la empresa.

Tampoco les otorgó valor demostrativo a las copias de las facturas de compra de los productos informáticos supuestamente hurtados, recibos de bodega, tiquetes de entrega, listas de empaque y los conocimientos de embarque aducidos por la demandante para demostrar la entrega de las mercancías a la empresa transportadora y el valor del detrimento patrimonial que experimentó la asegurada y propietaria de esos bienes, porque también se allegaron desprovistas de autenticación.

Aun valorándolas en su contenido material -sostuvo- de ellas no se podía desprender qué mercancías se entregaron realmente para su traslado de la ciudad de Miami a la de Bogotá, ni cuales de ellas fueron las hurtadas en las bodegas del embarcador Advacend Logistics Inc., hechos que -indicó el sentenciador- no podían corroborarse con la constancia emitida por la revisora fiscal de Intcomex Colombia Ltda.

Tales reflexiones llevaron al juzgador de segunda instancia a concluir que no se demostró el pago de la indemnización por la compañía asegurada; el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandada Air Carrier Zona Franca S.A., ni la cuantía de los perjuicios que sufrió la asegurada.

3. El casacionista le censuró al Tribunal que se les hubiera negado valor demostrativo a las pruebas documentales mencionadas por considerarlas de contenido dispositivo, cuando realmente se trataba de documentos declarativos emanados de un tercero y por ende, susceptibles de ser valorados sin formalidad alguna.

Adicional a lo anterior, cuestionó la falta de apreciación de los testimonios rendidos por María Fanny Mejía Arenas y Marleni Gutiérrez Ramírez; de las constancias emitidas por las sociedades Cabadelpa Colombia S.A. y Amézquita y Cía. en su condición de

revisoras fiscales de Intcomex Colombia Ltda.; de la confesión de la demandada contenida en la contestación al libelo introductorio, y de las manifestaciones contenidas en la carta que la transportadora le dirigió a la asegurada el diecinueve de julio de dos mil ocho.

3.1. El error de hecho como determinante de la violación indirecta de la ley sustancial en tanto se vincula con la existencia material de los medios de prueba en el proceso y su contenido objetivo -ha sostenido la jurisprudencia- supone que el juzgador ha ignorado o desconocido *«uno obrante en el proceso -preterición-, o cuando inventa uno que en verdad no existe -suposición-, o cuando desfigura su genuino sentido -tergiversación-»* (CSJ SC, 13 Sep. 2013, Rad. 2004-00447-01).

Al casacionista, en virtud de la carga que debe asumir de desvirtuar las presunciones de legalidad y acierto que recubren a la sentencia impugnada, le corresponde denunciar un desacierto que no puede ser de entidad cualquiera; se requiere que sea -entonces- visiblemente grave, a tal punto que resulte evidente la pugna entre la ponderación efectuada por el juzgador de los elementos materiales de convencimiento y la realidad del proceso, amén de la innegable trascendencia que debe tener el equívoco en la solución del litigio, de modo que comprobado en sede de casación, conduzca necesariamente a infirmar el fallo con el fin de proveer a la realización del derecho

objetivo en el proceso y reparar los agravios inferidos a las partes por la decisión equivocada.

En razón de lo anterior y bajo el entendido de que *«extractar el sentido que debe darse a las pruebas, representa un juicio de valor que, en principio, resulta intangible para la Corte»*, únicamente si el resultado de esa actividad resulta ser *«tan absurdo o descabellado, que en verdad implique una distorsión absoluta del contenido objetivo»* de los medios de convicción, puede abrirse paso un ataque fundado en la presencia de yerros de *facto* (CSJ SC, 9 Dic. 2011, Rad. 1992-05900).

3.2. Para la Sala es claro que el sentenciador de segundo grado incurrió parcialmente en los yerros fácticos que denunció el recurrente, porque, de una parte, dejó de valorar la copia de un documento por considerarlo -erroneamente- de contenido dispositivo a pesar de ser declarativo, circunstancia que le imponía apreciarlo sin ninguna formalidad, ni siquiera la de haberse aportado al proceso en original o en copia auténtica, y de otra, pretirió la estimación de algunas pruebas que demostraban tanto el pago de la indemnización a la asegurada como la entrega de las mercancías a la transportadora y el valor de la pérdida patrimonial, como eran los testimonios de María Fanny Mejía Arenas y Marleni Gutiérrez Ramírez; las constancias emitidas por las revisoras fiscales de Intcomex Colombia Ltda. y la confesión de la demandada.

3.2.1. En relación con los escritos obrantes a los folios 105 y 168 del cuaderno principal, de los cuales la actora pretendió derivar la prueba del pago realizado a favor de Intcomex Colombia (asegurada) por concepto de la indemnización del siniestro, debe repararse en que es disímil su naturaleza y por lo tanto difiere también su eficacia probatoria de acuerdo con la forma en que fueron aducidos al proceso.

En el primero de los aludidos escritos, expedido el diecinueve de febrero de dos mil nueve, se consignó:

Yo, María Fanny Mejía Arenas, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando en nombre y representación de Intcomex Colombia Ltda. en calidad de representante legal, declaro que acepto y recibo la suma propuesta de \$701.667.479.00 indemnización de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. en razón del siniestro ocurrido en fecha 05/07/2008, que afectó el amparo de falta de entrega.

Por lo tanto declaro a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. a paz y salvo de todas sus obligaciones que según póliza y renglón indicados haya adquirido, una vez recibido el pago correspondiente y firmado el comprobante respectivo. El generador declara a paz y salvo a Mapfre Seguros y al transportador de todas sus obligaciones que (sic) esta póliza haya adquirido.

Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. se subroga en todos los derechos y acciones contra terceros responsables a que tengo derecho por el siniestro mencionado, de conformidad con las leyes civiles y comerciales, hasta la suma mencionada, cantidad que por tanto me abstendré de cobrar y/o recibir. Con este fin me obligo a suministrar a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. toda la información y documentación requerida y a prestarle mi colaboración diligente y oportuna.

El documento recién transcrito contiene información que implica un acto de voluntad de la empresa importadora de mercancías encaminado a producir determinados efectos jurídicos como liberar a la compañía aseguradora de su obligación de indemnizar el daño sufrido en virtud de haber realizado el pago correspondiente; declararla a paz y salvo del cumplimiento de esa obligación adquirida en virtud del contrato de seguro, habiéndose atendido la reclamación presentada; reconocer la subrogación de derechos y acciones que operaba a favor de Mapfre contra terceros responsables del siniestro, y obligarse a suministrarle la colaboración necesaria para hacer efectiva la misma, además de comprometerse a no recibir ni cobrar la suma de dinero que le fue cancelada.

El contenido esa prueba no podía considerarse simplemente declarativo, como lo pretendió hacer ver el recurrente, por cuanto no se limitó a dejar constancia de hechos sucedidos que no producían consecuencias jurídicas y por ende, apenas tenían un significado testimonial, sino

que su redacción dejaba claro que de la declaración de voluntad allí expresada dimanaban los efectos ya descritos en la relación negocial existente entre Mapfre e Intcomex Colombia Ltda. por la misma naturaleza de los hechos a los que hicieron alusión.

Luego, si dicho documento privado, amén de provenir de un tercero era dispositivo, la posibilidad de ser valorado por el juez se hallaba supeditada al cumplimiento de lo estatuido por el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual para el anotado efecto se requería que fuera auténtico.

Con otras palabras, no fue arbitraria ni equivocada la conclusión del *ad quem* relativa a la falta de poder demostrativo de ese medio de convicción, pues no se cumplía ninguno de los supuestos consagrados en el artículo 252 *ídem* para presumir su autenticidad y no satisfacía los requisitos señalados en los artículos 254 y 268 de la codificación procesal.

De otra parte, en la constancia que se encuentra visible al folio 168, suscrito también el diecinueve de febrero de dos mil nueve por la representante legal de la asegurada, se expresó que «(...) a la fecha las siguientes reclamaciones han sido objeto de pago por parte de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

<i>RAMO</i>	<i>AMPARO AFECTADO</i>	<i>VIGENCIA</i>	<i>FECHA OCURRENCIA</i>	<i>FECHA DE AVISO</i>	<i>FECHA DE PAGO</i>	<i>VALOR INDEMNIZADO</i>
<i>TRANSPORTES</i>	<i>FALTA DE ENTREGA</i>	<i>02/01/2008 A 02/01/2009</i>	<i>JULIO 05 DE 2008</i>	<i>JULIO 28 DE 2008</i>	<i>30/01/09</i>	<i>\$701.667.479</i>

Analizado el contenido de este documento, no queda duda alguna de que allí la asegurada Intcomex Colombia Ltda., por conducto de su representante legal, dejó constancia de un hecho pretérito como era el pago que Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. le hizo por concepto de la indemnización generada con ocasión del siniestro que ocurrió entre el cinco y el seis de julio de dos mil ocho, el cual afectó el amparo de falta de entrega de la mercancía que debía transportarse y de conformidad con la reclamación que le presentó.

Sin duda, ese escrito contenía una declaración de conocimiento de la representante legal de la asegurada sobre la erogación que efectuó Mapfre a su favor y de haber recibido ese pago, sin pretensiones constitutivas o dispositivas respecto de un derecho, pues en ningún momento, se tuvo el propósito de crear, modificar o extinguir una relación jurídica. Apenas se hizo constar o se dejó testimonio de la ocurrencia de un acontecimiento que consistió en la reclamación que fue atendida por la aseguradora, pero no estaba llamado a producir algún efecto jurídico en el vínculo contractual de la relación asegurativa o en otra.

Luego, por tratarse de un documento meramente declarativo respecto del cual la parte demandada no hizo

objeción alguna al no solicitar la ratificación, el juez podía concederle valor probatorio sin citación de quien lo suscribió para que se surtiera el reconocimiento en audiencia de testimonio.

El Tribunal, entonces, incurrió en error de hecho al dejar de valorar el contenido objetivo o material de la mencionada prueba testimonial, pues se equivocó en cuanto a la categoría a la cual correspondía de atenderse su contenido, pues emanada de un tercero y siendo de naturaleza declarativa no se requería que hubiese sido aportada en original.

El desacierto fue trascendente, porque, en parte, lo llevó a concluir que la demandante no demostró que había efectuado el pago de la indemnización, cuando de esa probanza se desprendía que el treinta de enero de dos mil nueve, la actora había pagado a Intcomex Colombia Ltda. la suma de \$701.667.449 como indemnización en razón del siniestro ocurrido entre el cinco y el seis de julio de dos mil ocho, y que dicha cantidad de dinero fue recibida por la asegurada.

3.2.2. Ese hecho, además, se encontraba demostrado también con otros medios de prueba de los cuales la corporación judicial omitió su valoración.

En efecto, el sentenciador no reparó en el reconocimiento expreso de esas pruebas documentales realizado por la señora Marleni Gutiérrez Ramírez, en su

condición de representante legal de la asegurada y de sus manifestaciones en torno a la cancelación de la cantidad reconocida por Mapfre Seguros Generales, en la audiencia a la que fue citada con ese fin y el de rendir testimonio sobre los hechos del litigio.

La aludida funcionaria, en su declaración, señaló: «*el folio 105, identifico que es de Intcomex y 167 también reconozco que es de Intcomex*»¹⁸, documentos que corresponden al recibo de indemnización y constancia cuyo contenido se analizó, correspondiendo el último folio citado por la testigo a la paginación anterior del expediente, que después se dejó como folio 168.

Además, al preguntarle por el pago del resarcimiento con ocasión de la pérdida parcial de mercaderías, la deponente sostuvo que de acuerdo con el recibo «*expedido por INTCOMEX, por valor de setecientos un millones seiscientos sesenta y siete mil cuatrocientos setenta y nueve pesos MAPFRE SEGUROS GENERALES le pagó a INTCOMEX la indemnización de acuerdo con el folio 105 del expediente*».¹⁹

Ese medio probatorio aparece respaldado por el testimonio de María Fanny Mejía Arenas, quien, en su condición de representante legal de Intcomex Colombia Ltda., suscribió tanto el "*recibo de indemnización*" (folio 105, c. 1) como la constancia de pago (folio 168, ib.), pues ella

¹⁸ Folio 263, c. 1.

¹⁹ Folio 265, c. 1.

sostuvo que «*la reclamación fue cancelada a la compañía Intcomex...*», reparación que, según aseveró, «*estaba por el orden de los setecientos millones*».²⁰

La deponente manifestó, asimismo, que con el cheque entregado por la aseguradora «*venía un documento anexo que fue debidamente firmado*» y luego se procedió a entregar el título valor «*al área de tesorería de Intcomex para su posterior consignación*».²¹

Con las anteriores probanzas quedó acreditado el pago de la indemnización por valor de \$701.667.449,00 por parte de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. y así debió concluirlo el *ad quem*, porque amén de que por su carácter declarativo, uno de los mencionados documentos era susceptible de valorarse, dicha prueba confluía con los testimonios rendidos por Marleni Gutiérrez Ramírez y María Fanny Mejía Arenas para demostrar que, tal como lo afirmó el casacionista, la demandante efectuó el pago de la indicada cantidad para indemnizar el siniestro conforme al reclamo que le presentó la asegurada Intcomex Colombia Ltda.

Apreciadas las pruebas en forma individual y en conjunto bajo las reglas de la sana crítica, se concluye que Mapfre S.A. sí realizó el pago a su asegurada por concepto de la indemnización que ella reclamó como consecuencia de la ocurrencia del siniestro; sin embargo y a pesar de esa

²⁰ Folio 297, c. 1.

²¹ Folio 298, c. 1.

realidad, el sentenciador llegó a la conclusión contraria porque le negó valor demostrativo a un documento que debió ponderar, y por cuanto pretirió la apreciación de probanzas trascendentes para el litigio como lo eran los testimonios de María Fanny Mejía Arenas y Marleni Gutiérrez Ramírez.

3.2.3. Afirmó -la sentencia- que aunque fue demostrada la celebración de un contrato de transporte entre la sociedad Intcomex Colombia y la demandada Air Carrier Zona Franca S.A. en virtud de la confesión de ese hecho al contestar el libelo incoativo, prueba que no resultó infirmada por algún otro medio de convicción, no se había establecido *«el alcance y condiciones del mismo que permitieran predicar con carácter absoluto el incumplimiento y responsabilidad exclusiva de la demandada ante el hurto de la mercancía»*.²²

Como apoyo de esa estimación, el Tribunal indicó que si bien *«no se discute por las partes que efectivamente en julio de 2008 fue hurtada mercancía que se hallaba en las bodegas de la sociedad Advanced Logistics Inc., entre las que se encontraban algunas de la sociedad Intcomex Colombia Ltda., no lo es menos que del acervo probatorio no emerge, sin hesitación alguna que el pago que con ocasión del insuceso le hiciera a esta última Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., en razón al contrato de seguro de Transporte Automático de Mercancías, correspondiera a las que fueron objeto de contrato con la demandada»*.²³

²² Folio 58, c. 1.

²³ Folio 58, c. 2.

Asimismo, en criterio del *ad quem* no se comprobó el detrimento patrimonial que sufrió Intcomex, a pesar de que la carga de probar la existencia y monto de los perjuicios reclamados en la acción subrogatoria legalmente está asignada a la aseguradora.

Sobre el alcance del derecho de subrogación consagrado en el artículo 1096 del estatuto mercantil y la acción establecida para ejercerlo, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sido enfática en señalar que la citada norma «no establece una excepción al principio general del *onus probandi* de quien aduce un hecho o alega la existencia de una obligación».

*Y por ello -agregó la Corte- para que la acción iniciada en contra del responsable del daño causado al asegurado, se torne exitosa, el actor -en este caso la compañía aseguradora- tiene sobre sus hombros la carga de demostrar la existencia y cuantía del perjuicio que el hecho dañoso produjo en el patrimonio de la persona afectada con la materialización del siniestro. No basta, por lo tanto, que se haya cometido por el demandado un delito o culpa, sino que es *conditio sine qua non* de la sentencia estimatoria de las súplicas del libelo, que se pruebe el (sic) perjuicio que sufrió la víctima, el que debe ser cierto, y no dudoso, contingente o resultado de especulaciones privativamente teóricas.*

Se comprende, entonces, -continuó- que si la existencia y monto de los perjuicios que se reclaman en ejercicio de la acción subrogatoria deben ser acreditados por el asegurador en el juicio correspondiente, para lo cual resultan admisibles cualquiera de los medios probatorios previstos en el Código de Procedimiento Civil, no podrá reconocerse el daño material y su correspondiente reparación

cuando exista carencia de prueba que los demuestre, así haya existido desembolso del asegurador con base en el contrato de seguro, por cuanto “el monto del daño resarcible por el responsable del siniestro no puede determinarse por el importe que el asegurado haya recibido del asegurador, porque este monto fue fijado a espaldas del responsable; esa regulación del daño causado es para éste res inter alios acta que, por lo tanto, no puede obligarle” (CLXVI, 370) (CSJ SC, 22 Nov 2005, Rad. 1998-0096).

3.2.4. Si la responsabilidad del transportador por las cosas que debe portear comienza desde el momento en que las recibe o ha debido hacerse cargo de ellas, es necesario probar ese supuesto fáctico, es decir, que la firma Advanced Logistics Inc. como embarcadora de la demandada Air Carrier Zona Franca, recibió efectivamente las mercancías que serían trasladadas de la ciudad de Miami a la de Bogotá, como presupuesto de la responsabilidad que le endilgó con ocasión de la falta de entrega de algunas mercancías correspondientes a productos informáticos y de electrónica.

Para demostrar la entrega de los bienes al embarcador en su sitio de almacenaje de Miami y la cuantía de la pérdida patrimonial sufrida con ocasión del hurto de una parte de las mercaderías, la compañía aseguradora allegó copia de los recibos de bodega de Advanced Logistics Inc., facturas de adquisición de las mercancías expedidas por distintos proveedores de Estados Unidos de América, listas de empaque, tiquete y recibos de entrega, conocimientos de embarque de transporte interno, manifiesto de carga y recibos de control de mercancías en bodega que reposan a

los folios 42 a 103 y su traducción al idioma castellano a los folios 314 a 374 del cuaderno principal del expediente.

Se trata de las facturas de venta Nos. 533710, 10536066, 533676, 533679, 533680, VDS 2810525, 205824882, 205824482, 205834355, LX8327374 y LX8326938 que obran a los folios 42, 46, 48 a 50, 54, 57, 58, 62, 68, 69, 74, 75, 89 y 90 con su traducción al castellano a los folios 314 a 316, 318, 319, 320 a 323, 326, 329, 330, 334, 340, 341, 346, 347, 361 y 362 expedidas por los proveedores Intocomex, Kingston Technology, Tech Data, Hewlett Packard Company y Lexmark International Inc.; los recibos de bodega Nos. 20931, ALWR-19305, O20869, 20933, O20904 y O20872 emitidos por la embarcadora Advanced Logistics Inc. vistos a folios 45, 53, 55, 63, 76 y 91 traducidos a folios 317, 325, 327, 335, 348 y 363.

Además, se allegaron los conocimientos de embarque del transporte interno de las mercaderías (folios 56, 66 con sus traducciones a folios 328 y 338); los recibos de control de las mercancías en la bodega de la embarcadora (folios 64, 77 y 92 traducidos a folios 336, 349 y 364); el tiquete de entrega de mercancías expedido por el transportador local Very (folio 52 con traducción a folio 324); las listas de empaque emitidas por Hewlett Packard Company y Lexmark International Inc. (folios 70 a 73, 79 a 80 y 94 a 95 traducidas a folios 342 a 345, 351 a 352 y 366 a 367); el recibo de entrega al consignatario expedido por Transportes Yellow (transporte interno) obrante al folio 78 con su

traducción al folio 350 y el Manifiesto de Carga No. 08227249 que obra a los folios 96 y 97, debidamente traducido a folios 368 a 369.

A tales documentos, el sentenciador de la segunda instancia no les reconoció poder demostrativo, en tanto -sostuvo- no satisfacían los requisitos señalados en los artículos 254 y 268 del estatuto adjetivo civil, dado que no se allegaron debidamente autenticados.

Revisadas esas documentales en su contenido, debe afirmarse que a excepción de las listas de empaque, las demás son de naturaleza dispositiva, por lo que de ellas no se presume su autenticidad y entonces, en la forma en que fueron aportadas al proceso, no era procedente reconocerles eficacia probatoria, de ahí que en ese aspecto ningún yerro fáctico se le puede atribuir al Tribunal.

3.2.5. No obstante, los hechos relativos a la entrega de las mercancías por parte de la sociedad importadora a Advanced Logistics, en su condición de embarcador de Air Carrier Zona Franca S.A. al trasladar las mercancías a sus bodegas en la ciudad de Miami; las características de las que específicamente fueron hurtadas allí y su valor comercial, se demostraron con la confesión que de esos supuestos fácticos hizo la representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte que rindió en el juicio.

En esa audiencia, la funcionaria aceptó haber recibido las mercancías y que aquellas relacionadas en el hecho

cuarto de la demanda respecto de los cuales la actora especificó el número de la factura de compra, el proveedor, el producto, la cantidad, el valor unitario y el precio total, correspondían a las que no entregó en el lugar de destino²⁴, manifestaciones de las que se puede derivar prueba de confesión por hallarse cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, la representante legal de la demandada tenía capacidad para efectuarla y poder dispositivo sobre el derecho que resulta de lo confesado; su versión recayó sobre hechos que le producían consecuencias jurídicas adversas o que favorecían a la parte demandante; no involucró situaciones que debían probarse por otro medio demostrativo; fue expresa, consciente y libre, y refería a circunstancias que eran de su conocimiento o de las que debía estar al tanto.

3.2.6. De otro lado, la constancia emitida por Cabadelpa Colombia S.A. (folio 104, c. 1) y el informe que por solicitud del juez *a quo* rindió la sociedad Amézquita y Cía. (folio 388, ib.), ambas revisoras fiscales de Intcomex Colombia Ltda. tampoco fueron analizadas en su contenido objetivo por el juzgador *ad quem*, omisión que no le permitió apreciar que esos medios de prueba acreditaban cuáles fueron las mercancías que la parte demandada no entregó en la ciudad de Bogotá y su importe.

Aunque la primera de tales constancias se aportó al proceso en copia, es susceptible de valorarse porque se

²⁴ Folio 247, c. 1.

trata de un documento declarativo emanado de tercero, en la medida en que se limitó a hacer referencia a la cantidad y descripción de los productos hurtados, las facturas de adquisición a las cuales correspondían, y su valor expresado en la divisa que se empleó en la operación de transporte.

La segunda, si bien se allegó con posterioridad al cierre de la fase instructiva, también podía ser apreciada, dado que el proceso aún no había pasado al despacho del juez para sentencia, y aunque hubiera ocurrido de ese modo, la imposibilidad de tenerla en cuenta no se extiende al fallador de segunda instancia en virtud de la previsión contenida en el inciso 4° del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, sin que hiciera falta un trámite adicional para tenerla como debidamente incorporada a la actuación.

La información proporcionada en las indicadas probanzas se basó en los registros contables de la empresa asegurada y en las facturas de compra de esos bienes que obraban como soporte de su obtención, de ahí su aptitud demostrativa respecto de la identificación de las mercancías que no fueron entregadas en la ciudad de Bogotá, su proveedor, la cantidad perdida y el importe de aquellas, circunstancia ante la cual resulta innegable que el juzgador de segundo grado incurrió en error de hecho al preterir su valoración.

Luego, la entrega de las mercancías al transportador, las características de estas y su valor, se demostraron con

los medios de convencimiento mencionados, es decir, con la confesión de la parte demandada y las constancias expedidas por las revisoras fiscales de Intcomex Colombia Ltda., cuya apreciación pretirió el Tribunal, por lo que al dejar de ver los hechos que estos acreditaban, cometió los yerros fácticos que en relación con los mismos le endilgó el censor, los cuales resultaron trascendentes en la decisión adoptada.

4. De todo lo afirmado hasta ahora, se colige que el cargo prospera por cuanto el sentenciador incurrió en los desaciertos de *facto* denunciados en el cargo con los cuales quebrantó las normas sustanciales que invocó la censura.

En tal virtud, no hay lugar a imponer condena en costas del recurso extraordinario.

Ante la procedencia de la causal primera consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo estatuido en el artículo 375 *idem* se casará el fallo impugnado y en sede de instancia, la Corte proferirá el que debe reemplazarlo.

IV. LA SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Es incuestionable que la subrogación, como forma al alcance del asegurador para obtener el recaudo de las sumas de dinero que con ocasión de un siniestro, plenamente demostrado, atendiera por efectos del contrato de seguro celebrado con el asegurado, se sujeta a la

demostración plena de determinados requisitos que la ley mercantil subraya.

Tal como la consagra el artículo 1096 del Código de Comercio, la subrogación se produce *ope legis*, porque dicha norma, fundada en principios de equidad, permite adelantar las acciones encaminadas a obtener el reembolso de lo que se pagara al asegurado por efectos de la realización del riesgo cubierto por la póliza, y autoriza, por consiguiente, reclamar del causante del daño el monto de la reparación efectivamente pagada.

En virtud a esa figura y como de siempre lo ha comprendido la jurisprudencia, la compañía aseguradora que ha indemnizado el siniestro ocupa, *ipso jure*, el lugar del asegurado frente al tercero responsable de su pérdida patrimonial.

Aunque del texto del artículo 1096 mercantil aparentemente dimana un único requisito para el buen suceso de las pretensiones del asegurador, consistente en que hubiere efectuado el pago de la indemnización, la doctrina, con apego a la noción en que descansa la figura, han destacado que es necesario acreditar los siguientes requisitos: *a)* La existencia de un contrato de seguro; *b)* el pago válido en virtud a ese convenio; *c)* que el daño ocasionado por el tercero sea de los amparados por la póliza y *d)* que acaecido el siniestro nazca para la compañía aseguradora una acción contra el responsable.

Dichos presupuestos han sido considerados por esta Sala como elementos axiológicos de la acción subrogatoria desde la sentencia que los acogió, proferida el seis de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (G.J. T. CLXXX, 229), criterio que no ha sufrido variación alguna hasta ahora.

2. En su reclamación judicial contra el tercero responsable de los perjuicios inferidos al asegurado, la compañía aseguradora debe alegar y probar los mismos elementos fácticos que le habrían servido de sustento al proceso que hubiera adelantado aquel, pues ese derecho derivado que le transmitió el indemnizado *«tiene la misma fuente, el mismo contenido y está sujeto a las mismas normas»*²⁵, de ahí que ha de procurar la demostración de los presupuestos de la responsabilidad civil -contractual o delictual- que constituya la base de la obligación del tercero a indemnizar los daños que ocasionó.

Sin embargo -ha señalado la doctrina jurisprudencial de esta Corporación- el artículo 1096 comercial no consagra que *«las compañías aseguradoras cuando pagan una indemnización, automáticamente se subrogan en los derechos del asegurado por el mismo valor, de tal modo que pueden exigir pago de igual suma a la persona responsable del siniestro, sin otra prueba que la de que pagaron al asegurado cantidad igual»*.

Lo que -en palabras de la Corte- significa que *«si al aportarse la prueba del quantum del perjuicio se demuestra que éste fue superior a la cantidad pagada por el asegurador, al demandado*

²⁵ OSSA G., J. EFRÉN. Teoría General del Seguro. El Contrato, Bogotá. Editorial Temis, 1984, p. 162.

sólo se le puede condenar a suma que no exceda del valor pagado al asegurado. Y si, por el contrario, se demuestra que el monto de la indemnización es inferior al que pagó la compañía aseguradora, en tal evento sólo se deberá a ésta aquella suma y no la que ella pagó al tomador del seguro» (CSJ SC, 17 May. 1981).

2.1. El primero de los presupuestos de la acción subrogatoria se encuentra demostrado, dado que la existencia del contrato de seguro fue aceptada por las partes y al expediente fueron allegados los documentos que permiten establecer su alcance conforme a la póliza No. 2201208000287 de transporte automático de mercancías que rigió la relación contractual entre Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. y la sociedad importadora Intcomex Colombia Ltda.²⁶

2.2. Existe igualmente prueba de que en virtud de ese contrato y en razón de la realización de uno de los riesgos amparados consistente en la “falta de entrega” de algunas mercaderías, el pago de la indemnización fue atendido por la actora en cuantía de \$701’667.479,00, como consta en la constancia emitida por la asegurada, según se explicó al analizar el único cargo formulado en la demanda de casación y fue corroborado con los testimonios rendidos por María Fanny Mejía Arenas, que la suscribió en su condición de representante legal de dicha compañía importadora, y por Marleni Gutiérrez Ramírez, quien tenía esa misma calidad al momento de recibirse su declaración.

²⁶ Folios 159 a 167, c. 1.

En ese orden, hallándose demostrados los requisitos concernientes a la existencia del seguro y el pago que realizó la actora a su asegurada en virtud de la afectación de una de las coberturas o amparos que aquella contrató, es pertinente examinar lo relativo a los presupuestos de la acción contra el responsable del siniestro.

2.3. En el contexto de la falta de entrega de mercancías en su lugar de destino que fundó el reclamo con apoyo en el cual la demandante Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. procedió al pago de la indemnización, la fuente de esa obligación que se afirmó incumplida por Air Carrier Zona Franca S.A., se encuentra en el contrato de transporte que celebró con Intcomex Colombia Ltda., siendo, entonces, de linaje contractual la responsabilidad por la cual fue convocada al proceso.

Dicho concepto hace referencia -expuso Alessandri- a *«la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto [art. 1.613]»,* con fundamento en que si *«todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes [art. 1.602], justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause».*²⁷

En ese tipo de responsabilidad -lo ha indicado la jurisprudencia- es necesario demostrar la existencia del contrato celebrado entre las partes; el incumplimiento de una obligación preexistente a cargo del demandado; el daño

²⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Tomo I. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1987. pág. 42.

sufrido por el acreedor; un factor de atribución de la responsabilidad, y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (CSJ SC, 13 Mar 2013, Rad. 2006-00045-01), para luego sí establecer el monto de los perjuicios, cuya indemnización, de acuerdo con el artículo 1613 del Código Civil, comprende el daño emergente y el lucro cesante.

2.3.1. La celebración del contrato de transporte fue un hecho que la demandada aceptó al dar contestación a la demanda, que en los términos del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil constituye confesión que no se desvirtuó por otros medios de prueba.

2.3.2. El incumplimiento del mencionado convenio como situación objetiva se verificó con la falta de entrega en el lugar de destino (Bogotá) de parte de las mercancías que debían ser porteadas, lo que obedeció a la sustracción ilegal previa de que fueron objeto en las bodegas de Advanced Logistics Inc., la cual intervino en la operación como embarcadora de la empresa transportadora en la ciudad de Miami, hecho sobre el que ninguna discusión se planteó entre las partes.

2.3.3. La operación de transporte, según lo aceptó Air Carrier al dar contestación al hecho 1° de la demanda²⁸, era multimodal, dado que integraba los modos de traslado aéreo y terrestre, modalidad sobre la cual el artículo 987 del Código de Comercio -modificado por el Decreto

²⁸ Folio 137, c. 1.

Extraordinario 01 de 1990 (art. 7)- indicó que su característica principal es que la conducción de las mercancías se realiza por dos o más modos *«desde un lugar en el que el operador de transporte multimodal las toma bajo su custodia o responsabilidad hasta otro lugar designado para su entrega al destinatario, en virtud de un contrato único de transporte»*.

La misma norma se refirió al operador de transporte multimodal como la persona que *«por sí o por medio de otra que obre en su nombre, celebra un contrato de transporte multimodal y actúa como principal, no como agente o por cuenta del remitente o de los transportadores que participan en las operaciones, y asume la responsabilidad del cumplimiento del contrato»*, condición en la que, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el proceso, la demandada ofreció la prestación de sus servicios y en la que celebró el contrato de transporte con Intcomex Colombia.

Ese hecho fue corroborado por la gerente de la sociedad importadora, quien manifestó que, en relación con las mercaderías objeto del siniestro, la demandada les prestó *«el servicio integral de transporte OTM»²⁹*; el representante legal de Blue Cargo S.A. -también involucrado en la operación de traslado-, en cuanto al vínculo existente entre Air Carrier Zona Franca y Advanced Logistics Inc., sostuvo que la primera *“nominaba”* a la segunda *«para el transporte de mercancías de sus clientes de Estados Unidos hacia Colombia»* y también la anunciaba como

²⁹ Folio 266, Ib.

embarcadora suya³⁰; y la declarante María Fanny Mejía Arenas (anterior representante legal suplente de la asegurada) afirmó que para la época de los hechos y en la relación comercial que la empresa tuvo con la demandada, dicha compañía subcontrató los «*servicios adicionales de consolidación y transporte para prestar el servicio*» a Intcomex Colombia.

2.3.4. La empresa transportadora, al sustentar el recurso de apelación contra el fallo proferido por el juez *a quo*, alegó su falta de habilitación legal para ejercer la actividad de transportador multimodal de acuerdo con lo estatuido en la Ley 336 de 1996, razón por la cual -aseveró- no podía haberse obligado en un contrato de transporte asumiendo dicha calidad de la cual carecía.

Frente a tal alegación a través de la cual la convocada al litigio pretendió cuestionar su legitimación para intervenir en él, es necesario precisar que aunque la circunstancia invocada constituye, sin duda, una infracción a la normatividad legal, eso nada indica sobre la responsabilidad que asumió por el cumplimiento de la operación de transporte multimodal, ni la exonera de las obligaciones adquiridas en virtud de ésta.

Por el contrario, de las pruebas mencionadas se colige que ese fue el servicio que le ofreció a la compañía importadora Intcomex Colombia y el que efectivamente le

³⁰ Folio 237, Ib.

prestó en relación con los bienes que debían trasladarse de la ciudad de Miami a la de Bogotá.

En la práctica negocial, los operadores de transporte multimodal reciben y consolidan cargamentos de distintos remitentes para contratar su conducción a través de portadores efectivos, elegidos y contratados por ellos para ejecutar los distintos trayectos, y aunque en esa actividad no actúan como transportadores materiales pues no realizan directamente la conducción de la carga, al tener la condición de transportador contratante asumen la responsabilidad integral y solidaria del cumplimiento del contrato.

De donde se sigue que el remitente, el destinatario o el asegurador de carga que indemnizó la pérdida al asegurado o el consignatario, según el caso, están legitimados para demandar al operador de transporte multimodal (OTM) la indemnización total de los perjuicios que resulten del incumplimiento de la relación contractual, y aquel a su vez tiene legitimación en esa causa.

Es innegable, entonces, que contrario a lo que expuso el apelante, Mapfre Seguros Generales podía dirigir la acción contra Air Carrier Zona Franca S.A., porque ella al obligarse con Intcomex Colombia Ltda. como operadora de transporte multimodal, asumió la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento de la operación.

2.3.5. Ahora bien, acorde con el artículo 987 citado, cuando la conducción de los efectos comerciales «ocurra

entre dos o más países, será transporte multimodal internacional», de cuya regulación se ocupó el “*Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional*” adoptado en Ginebra el 24 de mayo de 1980; sin embargo, dicho instrumento que, entre otras cosas, introdujo el sistema de responsabilidad uniforme por todo el trayecto de las mercaderías, nunca entró a regir porque no obtuvo la ratificación de al menos 30 Estados, como el mismo Convenio lo requería.

Ante esa circunstancia, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) fueron encargadas de crear un conjunto de parámetros que debían ser acatados en los contratos internacionales, al cual se le denominó “*Reglas de la UNCTAD y la CCI relativas a los documentos de transporte multimodal*”, que entraron en vigor el 1° de enero de 1992 con carácter provisional, pues se destinaron a operar hasta que comenzara a regir la convención internacional.

La aplicación de esos lineamientos, además, está supeditada a que las partes los hubieran incorporado al contrato de transporte de manera escrita, verbal o de cualquier otra forma, lo que hace que sean de adopción voluntaria y no constituyan una reglamentación internacional uniforme del transporte multimodal.

En este caso, como en el proceso no se acreditó el sometimiento a esas reglas, no están llamadas a aplicarse en el asunto.

2.3.6. La progresiva globalización de la economía dejó en evidencia la incapacidad de las legislaciones nacionales para dar solución a los diferentes asuntos que se suscitaban con ocasión del tráfico mercantil que traspasaba las fronteras territoriales, por lo que ante la ausencia de una normatividad internacional con fuerza vinculante para las naciones se hizo necesaria la adopción de normativas propias y uniformes en los ámbitos regional y subregional, que además de facilitar las relaciones comerciales recíprocas procuraran la inserción de los países del área en el nuevo orden económico global.

En ese contexto, la Comisión del Acuerdo de Cartagena que actualmente integra a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, con fundamento en el Convenio de las Naciones Unidas y las Reglas de la UNCTAD/CCI, expidió la Decisión 331 de 1993 como normativa comunitaria que regula las operaciones de transporte multimodal en la subregión, cuyo ámbito de aplicación de acuerdo con el artículo 2° se determina por el cumplimiento de una de las siguientes condiciones de acuerdo con lo pactado por los contratantes: a) que el OTM (Operador de Transporte Multimodal) deba tomar las mercancías bajo su custodia en un lugar situado en el territorio de un País Miembro; b) que el lugar en el que el OTM deba hacer entrega de las mercaderías que estaban bajo su custodia, esté localizado en el territorio de un País Miembro, y c) que se trate de Operadores de Transporte Multimodal que desarrollen sus actividades entre Países Miembros o desde un País Miembro hacia terceros países y viceversa.

La decisión fue modificada por la No. 393 de 9 de julio de 1996 adoptada en la ciudad de Lima (Perú) con el propósito de hacer más expedita la reglamentación; implementar el registro de Operadores de Tránsito Multimodal, y estimular la oferta y prestación del servicio en la subregión.

Luego, si el objeto del contrato de transporte en este caso era el traslado de las mercancías por los modos aéreo y terrestre desde la ciudad de Miami en Estados Unidos a la de Bogotá en Colombia, hallándose el lugar de entrega de esos bienes en el territorio de uno de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, resulta aplicable la norma comunitaria.

El artículo 23 de la Decisión 331 de 1993 estableció que sus reglas se aplicarían a todas las reclamaciones dirigidas contra el Operador de Transporte Multimodal (OTM) en relación con el cumplimiento del Contrato de Transporte Multimodal, independientemente del tipo de responsabilidad en que se hubiese originado, es decir, contractual o extracontractual, siendo en la primera modalidad en la que enmarcó la acción judicial instaurada por Mapfre.

Respecto de los límites temporales de la responsabilidad del transportador, se indicó que «*abarca el período comprendido desde el momento en que toma las mercancías bajo su custodia hasta el momento que las entrega*» (artículo 6º) y en cuanto al alcance de la misma, se precisó

que el Operador de Transporte Multimodal será responsable por *«las acciones y omisiones de sus empleados o agentes en el ejercicio de sus funciones, o de las de cualquier otra persona a cuyos servicios recurra para el cumplimiento del contrato, como si esas acciones u omisiones fuesen propias»* (artículo 7°).

2.3.7. En referencia a la pérdida o deterioro de la carga y a retrasos en la entrega, el artículo 9° sustituido por el artículo 5° de la Decisión 393 de 1996 consagró una presunción de responsabilidad del OTM por los daños y perjuicios que resultaren de esos acontecimientos, de modo que para exonerarse es necesario demostrar que *«él, sus empleados o agentes, o cualquiera otra de las personas a que se refiere el artículo 7, adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias»*, y también si los eventos señalados ocurrieron debido a una de las siguientes causas:

- *Acto u omisión del expedidor, de su consignatario o de su representante o agente;*
- *Insuficiencia o condición defectuosa del embalaje, marcas o números de las mercancías;*
- *Manipuleo, carga, descarga, estiba y desestiba de las mercancías realizadas por el expedidor, el consignatario o por su representante o agente;*
- *Vicio propio u oculto de las mercancías;*
- *Huelga, lock-out, paro o trabas impuestas total o parcialmente en el trabajo y otros actos fuera del control del Operador del Transporte Multimodal, debidamente comprobados (art. 6° Decisión 393/96 que sustituyó el art. 11 de la Decisión 331/93).*

En este asunto no se presentó ninguno de los eventos que se acabaron de mencionar, los cuales corresponden a

los únicos que se consideraron en la norma comunitaria como constitutivos de una causa extraña, toda vez que la pérdida de algunas mercancías de propiedad de Intcomex Colombia Ltda. no se debió a su naturaleza, ni a un defecto o vicio propio de las mismas; tampoco tuvo su origen en un defectuoso embalaje, ni por causa de manipulación indebida de la carga, o de acto del expedidor o alguno de sus dependientes, ni por huelga, trabas impuestas por los trabajadores o actos que el transportador no pudo tener bajo su control.

En cuanto a la adopción de las medidas idóneas y necesarias que a la demandada le eran exigibles por el tipo de actividad desarrollada tendientes a evitar el daño, la transportadora demandada alegó que contrató el despacho de las mercancías con una empresa que goza de «*alto reconocimiento en los Estados Unidos*» y que el hurto presentado en sus bodegas correspondió a una situación imprevisible que se les impuso como una fuerza mayor o caso fortuito, argumento en el que insistió al sustentar el recurso de apelación que aquí, en sede de segunda instancia, se resuelve.

De ese concepto se ha dicho que es el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, entre otros según lo enseña el artículo 1° de la Ley 95 de 1890.

Según Alessandri, un hecho de esas connotaciones ha de ser «*imprevisto e irresistible en sí mismo, es decir, que ni el agente*

ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar habría podido preverlo y resistirlo. Se requiere una imposibilidad absoluta (1). Una simple dificultad (2) o una imposibilidad relativa, personal al agente (3), no bastan; la culpa se aprecia in abstracto. Un hecho que se hubiera podido prever y evitar con mayor diligencia o a costa de un mayor esfuerzo o sacrificio no es caso fortuito; un hombre prudente lo habría previsto y evitado. Esto es suficiente para privarlo de ese carácter.

La determinación de si un suceso constituye o no caso fortuito depende, pues, de su naturaleza y de las circunstancias.

(...)

Para que el caso fortuito o la fuerza mayor exima de responsabilidad, es menester que sea la causa única del daño. Si el caso fortuito sobreviene por culpa del agente, si éste lo provocó o contribuyó a producirlo, sea por acción o por omisión -como si estando obligado a tomar ciertas medidas que lo habrían evitado, no las tomó, - su responsabilidad subsiste íntegramente»³¹ (el subrayado no es del texto).

Para la Sala, el supuesto aducido por la demandada no tiene la entidad de constituir causal eximente de responsabilidad, porque además de la prueba del hurto se requería la demostración de haberse adoptado por el porteador todas las medidas razonables para la protección, vigilancia y custodia de la carga. La presunción de culpa que recae sobre quien ha incumplido el contrato de transporte no se destruye por la simple acreditación de la causa del incumplimiento cuando ese hecho es de los que el deudor está obligado a prever o impedir. El hurto, por

³¹ ALESSANDRI, ARTURO. Responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda., 1983, p. 600-0602.

ejemplo, es un suceso que es previsible y se puede evitar tomando las precauciones que indiquen la naturaleza de las cosas, por lo que el ilícito por sí solo no constituye caso fortuito sino probándose que a pesar de aquellas previsiones fue imposible eludirlo.

En ese sentido, la jurisprudencia al precisar los rasgos característicos de la fuerza mayor o del caso fortuito, ha sostenido:

(...) hay hechos de la naturaleza de los expresados en el artículo 1° de la Ley 95 de 1890 que sustentan por sí misma los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible para el cumplimiento de la obligación. El rayo, el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos que avasallan el poder del hombre. Es difícil escapar a sus efectos aniquiladores y prever el fenómeno. Pero son raros los casos de esta naturaleza que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, presupuestos en el artículo citado como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento, causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos y comete faltas que lo colocan a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieren evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. Por consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el

deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor. (CSJ SC, 10 Abr. 1978).

Se colige de las anteriores premisas que siempre que resulte posible prever un hecho capaz de oponerse a la ejecución del contrato y que se pueda evitar con diligencia y cuidado, no habrá fuerza mayor ni caso fortuito.

Al respecto, en el pronunciamiento citado la Corte señaló:

(...) El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de animales, el daño de las cosas, etc, son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan inciertos si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa. Y 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. No constituye caso fortuito sino probado que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso... cuando la causa del robo queda ignorada, cuando ni siquiera se conoce el autor, entonces no hay derecho a exculparse con el caso fortuito

para librarse de la respectiva obligación. La presunción de culpa sigue pesando sobre el obligado (LXIX, 555).

2.3.6. La transportadora en este asunto no demostró que hubiera actuado con la diligencia y cuidado que eran requeridos de acuerdo con su actividad profesional y como al unísono se ha mantenido en la jurisprudencia y en la doctrina, no puede pretenderse la exoneración de responsabilidad alegando fuerza mayor o caso fortuito cuando ha mediado la culpa de quien persigue eximirse.

En referencia a la relación culpa – fuerza mayor, esta Corporación señaló que *«si bien es cierto que una de las características de la fuerza mayor es la de que no puede concurrir con la culpa del demandado, no lo es menos que ese principio se refiere a aquella culpa sin la cual no se habría producido el perjuicio, o por mejor decirlo, a una actividad que haya tenido incidencia en la realización del daño y no por consiguiente a la que resulta inocua; y ello se muestra evidente, como quiera que si el actuar del demandado es totalmente indiferente en cuanto a un determinado acontecer, inútil será para esos efectos preguntar por él y, por tanto, calificarlo o no de culposos»* (CSJ SC, 27 Feb. 1998).

Al reclamarse del transportador no solo la prueba del hecho ajeno a su círculo de control y de las medidas razonables adoptadas para evitar el perjuicio o su agravación, el legislador quiso destacar que:

«(...) la actividad del transportador corresponde a la de un profesional del comercio organizado empresarialmente (numeral 11, art. 20, C. de Co.), que está regida por un sistema de

responsabilidad, si se quiere, más riguroso, en tanto que, a diferencia de la responsabilidad de la generalidad de las personas, en la que el factor de comparación, por regla, es “el comportamiento de un buen padre de familia”, en la del profesional el estándar de diligencia exigible -el buen profesional- normalmente es más elevado en virtud del surgimiento para él de diversos deberes jurídicos de prevención y de evitación de daños, muchos de ellos incorporados al contrato por aplicación del principio de buena fe (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.). Señala Le Tourneau, comentando el desarrollo de este proceso en el derecho francés, que “[l]a jurisprudencia aplica discretamente un agravamiento de la gama de las culpas de un profesional, en comparación con la de un ciudadano común y corriente. En efecto, la jurisprudencia tiende a considerar que lo que para éste último sería un error o una culpa levísima, jurídicamente neutros, es como mínimo una culpa leve para un hombre de oficio y constituye en consecuencia un incumplimiento. Y la culpa leve será más fácilmente calificada de grave, en la medida en que traduce ‘su ineptitud para el cumplimiento de la tarea encomendada’ o ‘de la misión contractual’ (...). Al respecto, la reiteración de la culpa se tendrá en cuenta, como sería por ej. la frecuencia de robos a un transportador o a un hotelero. Lo que, para un simple particular, sería mala suerte, que suscitaría conmiseración, es una culpa profesional”. Dentro de este contexto, entonces, del empresario del transporte ha de esperarse la adopción de todas las medidas que, según las exigencias de la profesión, sean requeridas para evitar la realización del daño o su agravación, con lo que el rigor con el que se debe examinar su actuación sube de punto, pues de él no se espera, simplemente, lo que una persona común habría hecho, sino que la colectividad confía en que el transportador se comporte como lo haría alguien con la preparación, habilitación y experiencia suficientes para enfrentar y superar los distintos riesgos que cotidianamente se presentan en su actividad (CSJ SC, 16 Dic. 2010, Rad. 2000-00012-01).

La sociedad Air Carrier Zona Franca S.A., sin embargo, no probó que atendida la naturaleza y valor de las mercancías; el tiempo en que estarían almacenadas antes de ser cargadas en la aeronave y el riesgo al que estaban expuestas debido a alta posibilidad de ser objeto de hurto, hubiera adoptado todas las medidas prudentes y adecuadas para evitar la pérdida de dichos bienes, pues de una ponderación de los factores indicados resultaba claro que era necesaria la implementación de especiales mecanismos de protección que no podían entenderse satisfechos solo con el sistema de alarma con cámaras instalado en las bodegas de Advanced Logistics Inc. y su localización en un condominio con vigilancia exterior, más si se reparaba en que la época en que ocurrió el hecho lesivo facilitaba la acción de los delincuentes³²; que las alarmas eran vulnerables, y que las aerolíneas no recibieron la carga el jueves tres de julio de dos mil ocho, por lo que permanecerían todo el fin de semana en las bodegas.³³

En ese orden de ideas, la empresa demandada no acreditó ninguno de los hechos que podían eximirla de la responsabilidad endilgada, ni tampoco que hubiera sido exonerada por la sociedad propietaria de las mercancías como pretendió hacerlo ver en la primera instancia y en su recurso de alzada, a partir de las expresiones contenidas en la copia del documento denominado “*recibo de indemnización*” (folio 105., c. 1), pues además de que a esa reproducción mecánica, tal como se explicó al decidir la

³² El hurto ocurrió el fin de semana en que se celebraba el día de la Independencia de Estados Unidos de América.

³³ Folio 38, c. 1.

impugnación extraordinaria, no se le puede otorgar valor demostrativo en tanto no se cumplen los requisitos fijados por el artículo 268 del estatuto procesal, es innegable que Intcomex Colombia Ltda. no podía renunciar a la subrogación en sus derechos y acciones contra el tercero responsable del daño en la medida en que aquella opera en virtud de la ley y a favor de la aseguradora.

No se trata de una prerrogativa exclusiva suya de la cual pudiera disponer a su sola voluntad y por ende las menciones contenidas en ese documento, no podían producir el efecto de impedir que la actora se subrogara.

En lo atinente a la relación de causalidad que debe existir entre el daño y el incumplimiento contractual, se estableció en el proceso que la falta de entrega de las mercaderías tuvo su origen en la sustracción de las mismas cuando se encontraban en custodia de la porteadora, pues ocurrió después de que habían sido recibidas por su embarcador en Miami.

2.3.7. Habiéndose establecido en el proceso el incumplimiento del contrato de transporte; que no medió alguna causa extraña que liberara de responsabilidad a la demandada y el nexo causal entre la desatención de los deberes contractuales de esta y el perjuicio ocasionado a la propietaria de los productos de tecnología, debe analizarse ahora lo correspondiente a la existencia del daño y su estimación económica.

Lo primero no requiere de un pronunciamiento especial de la Sala en tanto al resolver el cargo que dio origen a esta sentencia sustitutiva, quedó claro que aquel se concretó en la pérdida de las mercancías detalladas en la demanda y que la representante legal de Air Carrier Zona Franca S.A. confesó haber recibido para la operación de traslado, de las cuales reconoció que tenían las características mencionadas en ese libelo como tipo de producto, cantidad y precio, aspectos que fueron corroborados -con sustento en los registros contables y los documentos de compra- por las revisoras fiscales de la asegurada.

Con esas pruebas se demostró la pérdida patrimonial sufrida por la sociedad importadora y su cuantía, superándose las deficiencias de los otros documentos aportados (facturas de venta, recibos de bodega, manifiesto de carga, tiquetes y recibos de entrega, conocimientos de embarque y manifiesto de carga internos) que se evidenciaron al resolver el único cargo formulado por la casacionista.

2.3.8. Resta por analizar lo atinente al monto de la reparación, la cual debe tasarse atendiendo lo previsto en los artículos 12, 15 y 16 de la Decisión 331 citada, sustituido el último precepto por el artículo 7° de la Decisión 393 que también se mencionó.

El artículo 12 determina que la cuantía de la indemnización por pérdida de las mercancías se fijará

«según el valor de éstas en el lugar y el momento de su entrega al consignatario o en el lugar y el momento en que, de conformidad con el Contrato de Transporte Multimodal, debieran haber sido entregadas».

En todo caso, si la operación de transporte no comprende el traslado por mar o vías de navegación interior y salvo que se hubiera declarado el valor de los bienes al transportador antes de haberlos tomado en custodia, la responsabilidad de aquel estará limitada a *«una suma máxima equivalente a 8,33 DEG³⁴ por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas»* (artículo 15).

Ese límite es menor al establecido en la normatividad nacional, a la cual, según el artículo 7° de la Decisión 393 de 1996 que sustituyó el artículo 16 de la Decisión 331, debe acudirse cuando el último sea superior.

En ese orden de ideas, como la sustracción de las mercancías no ocurrió en el traslado aéreo ni en el terrestre, pues fueron hurtadas en las bodegas del embarcador, son aplicables las normas que regulan la conducción cosas sin atender a un específico modo de transporte, como el artículo 1031 que se refiere a la indemnización por pérdida o retardo.

³⁴ Los Derechos Especiales de Giro (DEG) son una unidad de cuenta, creada y asignada a cada país por el Fondo Monetario Internacional en proporción al tamaño de su economía, cuyo valor está basado en las cuatro monedas más fuertes del mundo: el dólar americano, el euro, la libra esterlina y el yen japonés. Se actualiza diariamente atendiendo las fluctuaciones de estas en los mercados internacionales y la equivalencia y sumatoria de cada instrumento monetario en dólares americanos para el medio día de Londres (Inglaterra).

De acuerdo con el primer inciso de ese precepto, «*el monto de la indemnización a cargo del transportador será igual al valor declarado por el remitente para la carga afectada*» o si la pérdida fuere parcial el monto se determinará «*de acuerdo con la proporción que la mercancía perdida represente frente al total del despacho*».

En el evento de que el remitente no haya suministrado el valor de las mercancías a más tardar al momento de la entrega, «*el transportador sólo estará obligado a pagar el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega al destinatario*» sin lugar a reconocimiento de lucro cesante.

La declaración del valor de la mercancía, a más tardar al momento de su entrega, es una de las obligaciones impuestas por el artículo 1010 *ídem* en el marco del deber de información que tiene el remitente para con el porteador; sin embargo, esa disposición no estatuye que deba estar contenida en la carta de porte, remesa de transporte u otro documento análogo, de ahí que la parte interesada podrá probar por cualquier otro medio probatorio que oportunamente informó el importe de los productos al transportador.

3. En el proceso no se acreditó que la remitente de las mercaderías hubiera declarado su valor a la empresa porteadora «*a más tardar al momento de la entrega*», de ahí que del valor probado de las mercancías de US\$511.774,17 al momento de la pérdida, la obligación indemnizatoria de la

demandada recaería únicamente sobre el 80% de ese monto, es decir, sobre US\$409.419,336, equivalentes al seis de julio de dos mil ocho a \$715'841.049,64.

No obstante, como la actora realizó el pago de \$701'667.479,00 a Intcomex Colombia Ltda. por concepto del siniestro, a esa cantidad debe circunscribirse la reparación, pues el demandado solo puede ser condenado por una suma de dinero que no exceda del importe que se pagó al asegurado, con la indexación que esta Sala ha reconocido como procedente desde la sentencia proferida el dieciocho de mayo de dos mil cinco (Rad. 0832-01).

Precisó la Corporación en ese momento:

(...) no se puede negar la corrección monetaria de la suma que debe cancelar el tercero al asegurador que ejerce la acción subrogatoria, so capa de una interpretación literal del artículo 1096 del Código de Comercio, pues tal suerte de entendimiento aisla la disposición del contexto normativo en que ella se encuentra y, en general, del conjunto de normas civiles y comerciales que gobiernan la materia, pasando por alto, como bien lo aseveró el togado Celso, que 'es antijurídico juzgar o dictaminar en vista de alguna pequeña parte de la ley, sin haberla examinado detenidamente en su totalidad' (Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere). Por lo demás, en guarda de una antigua y sapiente máxima, importa recordar que la letra mata y el espíritu vivifica (littera enim occidit, spiritus autem vivificat), todo lo cual hace predicar que una hermenéutica ceñida a la literalidad del texto, como lo ha observado esta misma Corporación, en diversas oportunidades, no se acompasa con los moderados postulados que signan la interpretación de la ley,

muy otros a los que de antaño estereotipaban el llamado método exegético, máxime si con ella, por aferrarse desmedidamente al textum, se socava el derecho sustancial, norte éste que, sea acotado de paso, guía el derecho contemporáneo. (doctrina reiterada en CSJ SC, 8 Sep. 2011, Rad. 2000-04366-01).

Por consiguiente, para actualizar la suma de dinero pagada por Mapfre, es necesario acudir a la fórmula matemática más aceptada para este tipo de operación, conforme a la cual «*la suma actualizada (Sa) es igual a la suma histórica (Sh) multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes hasta el que se va a realizar la actualización (índice final) dividido por el índice de precios al consumidor del mes del que se parte (índice inicial)*» (CJS SC, 16 Sep. 2011, Rad. 2005-00058-01).

Los índices empleados son los certificados por el DANE para los períodos correspondientes³⁵, los cuales constituyen un hecho notorio que no requieren de prueba al tenor de lo dispuesto en los artículos 177 (inciso 2º) y 191 del estatuto procesal.

En virtud de que la indexación se va a realizar hasta el mes de abril de dos mil quince, se incluye el valor 121.63 que es el índice de precios al consumidor certificado para esa época, y en razón a que la compañía aseguradora pagó la indemnización el treinta de enero de dos mil nueve, el índice inicial corresponde al que se certificó en ese momento, es decir, 100,59.

La fórmula se despeja de la siguiente manera:

³⁵ Índices consultados en la Serie de Empalme 2000-2015 publicada por el DANE.

$$Sa = \frac{\$701'667.479,00 \times 121,63}{100,59}$$

$$Sa = \$848'432.403,53$$

Entonces, el monto actualizado de la reparación que Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. le canceló a su asegurada equivale a \$848'432.403,53 que la parte demandada deberá pagarle.

Se negarán los réditos solicitados en tanto aquellos comprenden un factor comprensivo de los fenómenos de depreciación monetaria e inflación, razón por la cual resultan incompatibles con la indexación reconocida (CSJ SC, 25 Abr 2003, Rad. 7140; CSJ SC, 27 Ago. 2007, Rad. 1997-14171-01; CSJ SC, 15 Ene 2009, Rad. 2001-00433-01; CSJ SC, 13 May 2010, Rad. 2001-00161-01).

Por consiguiente, se modificará el fallo dictado en la primera instancia que accedió a las pretensiones del libelo introductorio para condenar a la empresa transportadora a pagar la cantidad que se mencionó.

Las costas de ambas instancias se impondrán a la demandada.

V. 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, **CASA**

la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de la referencia.

Sin costas del recurso extraordinario ante su prosperidad.

En sede de segunda instancia,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el dieciséis de mayo de dos mil doce por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, para fijar la condena allí impuesta a Air Carrier Zona Franca S.A. en la suma de \$848'432.403,53, que deberá pagar a favor de Mapfre Seguros Generales de Colombia dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por la juez *a quo*.

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada al pago de las costas causadas en ambas instancias. Líquidense en su oportunidad. Por concepto de agencias en derecho en el trámite de la apelación, se fija la suma de \$15'000.000,00.

Oportunamente, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

NOTIFÍQUESE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ