

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado ponente

WILLIAM NAMÉN VARGAS

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil once (2011)

Discutida y aprobada en Sala de 1° de agosto de dos mil once (2011)

Referencia: 11001-3103-026-2000-04366-01

Se decide el recurso de casación interpuesto por la sociedad Compañía Suramericana de Seguros S.A., respecto de la sentencia proferida el 17 de octubre de 2008, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario de la recurrente contra Compañía Transportadora S.A.

ANTECEDENTES

1. En la demanda, la demandante pidió declarar la responsabilidad civil contractual de la Compañía Transportadora S.A., como agente marítimo de Crowley American Transport Inc. respecto de la motonave Thorndale, por la pérdida patrimonial de la sociedad ARB., Inc. Sucursal Colombia/ Ismocol Colombia S.A. con los daños causados a la mercancía transportada desde EEUU hasta Cartagena según B/Ls números JAXS9H000220 (“*madre*”) y 6610014083 (“*hijo*”) y condenarla a pagarle la suma cancelada a título de indemnización del siniestro en cuantía de \$247.857.652



debidamente actualizada, sus intereses corrientes y costas (fls. 122 y 123, cdno. 1).

2. Fúndase el *petitum*, en los siguientes hechos:

a) En el transporte marítimo se dañó la mercancía importada desde Estados Unidos para la industria petrolera por ARB Inc. Sucursal Colombia/Ismocol Colombia S.A., despachada por conducto de Crowley American Transport Inc. en la motonave Tornadle con los B/Ls números JAXS9H000220 (“*madre*”) y 6610014083 (“*hijo*”), los cuales detectó el operador portuario el 19 de mayo de 1999 antes del descargue en Cartagena.

b) En el ajuste de daños, el fabricante dictaminó la necesidad de reparar la mercancía, que fue remitida al país de origen, incurriendo la asegurada en nuevos gastos de transporte, almacenamiento, empaque, reexportación y pago de reparaciones por la suma de \$282.237.521; tales daños se reclamaron a la transportadora y a su agente marítimo, responsables solidarios de las pérdidas del transporte marítimo; y la Compañía Suramericana de Seguros S.A. pagó \$247.857.652 a la asegurada según la póliza automática contentiva del seguro de transporte 160707 y el certificado de seguro 1238601, subrogándose en sus derechos frente a los responsables del siniestro (fls. 118-132, cdno. 1).

3. Trabada la *litis*, la demandada al resistir las pretensiones, interpuso la denominada excepción “*genérica*” (fls. 153-155, cdno. 1).

4. La decisión de primera instancia pronunciada el 28 de noviembre de 2006 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, D.C., según la medida adoptada



para el Juzgado Veintiséis del Circuito, declaró la responsabilidad solidaria pretendida, reconoció como subrogataria de ARB INC. Sucursal Colombia- Ismocol Colombia S.A. a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., condenó a la demandada a pagar \$247.857.652 costas, y negó la corrección monetaria e intereses (fls. 356-365, cdno.1).

5. Apelada la sentencia por las partes, el Tribunal, en la suya de 17 de octubre de 2008, revocó el numeral tercero de la parte resolutive, para en su lugar condenar al pago dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria de \$4.914.698,23 ya indexada más intereses corrientes a partir del vencimiento del plazo hasta el pago efectivo de la obligación, también revocó el numeral quinto y la confirmó en lo demás (fls. 29-50, cdno.2).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Luego de reseñar los antecedentes, actuación procesal, sentencia impugnada y recursos de las partes, el fallador de segundo grado halló los presupuestos procesales, y advirtió la aplicación del Código de Comercio a la controversia del siniestro sucedido durante el transporte marítimo ejecutado entre Houston y Cartagena, no obstante remitir el contrato a la ley marítima de Estados Unidos (COGSA), “*The Carriage of Goods by Sea Act*”, según entendieron las partes, al seleccionar a los jueces de la República.

2. Enseguida, precisó el único reproche formulado por la demandada al *quantum* indemnizatorio reconocido en la sentencia, sin disentir de la declarada responsabilidad por la pérdida de las mercancías, procedencia y estructuración *in casu*



de los requisitos de la acción consagrada en el artículo 1096 del Código de Comercio, por cuanto en su sentir el a *quo* desconoció el monto resarcible pactado en las cláusulas limitativas insertas en los conocimientos de embarque suministrados por el embarcador al transportador sin expresar el valor de los bienes, so pretexto de constar en facturas de compra no entregadas, por lo cual, la reparación de los daños o pérdidas, opera al tenor de lo pactado.

3. Tocante a la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra el responsable del siniestro, el juzgador de segunda instancia, memoró la carga probatoria del pago válido de la indemnización hasta cuyo valor opera, estimó pertinente la suma cancelada por \$247.857.652 según el daño causado, el contrato de transporte marítimo, su regulación y elementos de convicción, para encontrar en el conocimiento de embarque número 66100-14083, la estipulación con arreglo a la cual *“la responsabilidad por pérdida o daño de las mercancías no excederá de \$US 500 por paquete o (...) por unidad de carga acostumbrada, a menos que el Negociante haya declarado un valor de mercancías superior”*.

4. En relación con el contrato transporte marítimo de mercancías, el Tribunal, al tenor de los artículos 1643 y 1644 del Código de Comercio, destacó *“la facultad para el transportador de fijar un límite máximo a su responsabilidad cuando el valor de la mercancía no ha sido declarado por el cargador, sin advertencia o tope alguno”*, declaración omitida en los B/Ls JAXS9H000220 y 66100-14083 (fls. 224-238, cdno. 1), cuya casilla 25 *“en la que se debía consignar el valor declarado por el embarcador”* no está diligenciada, de donde *“la juzgadora no podía suponer tal acto cuando no se hallaba presente en el*



conocimiento de embarque, sino en documentos diferentes como la factura de compraventa las mercaderías o la lista de contenido”, sin tener presente “que como lo indicara la falladora, tales documentos hacían parte integral de aquél, pues así no fue previsto por las partes y se trata de negocios disímiles, cada uno con entidad propia, que no guardan dependencia entre sí”.

5. En torno a la reclamada aplicación del artículo 1031 del Código de Comercio, por ser temporalmente posterior a los artículos 1643 y 1644 *ídem* según la reforma del Decreto 01 de 1990, para el sentenciador *“aunque (...) en principio sería aplicable al asunto debatido por la remisión que efectúa el artículo siguiente en cuanto se trata de avería de la mercadería y no es norma que aparezca contradictoria”*, ausente la declaración del valor de las mercancías es inaplicable el inciso tercero consagratorio del límite mínimo del 75% declarado, también el octavo relativo al 80% del monto probado de la cosa perdida o averiada en el lugar y fecha de entrega, por su naturaleza supletiva al pactarse la limitación a la responsabilidad de la transportadora, *“que debió reconocerse en la indemnización asegurada”*, fijándola en \$2.928.455,00 con su indexación desde 11 de febrero de 2000.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene dos cargos por la causal primera, los cuales se compendian, fueron replicados y decidirán conjuntamente por lo que se dirá.

CARGO PRIMERO



1. Por la causal primera de casación consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia del Tribunal por violación directa de la ley sustancial, al inaplicar los artículos 1031 del Código de Comercio, 45 de la Ley 57 de 1887, 1º, 2º y 3º de la Ley 153 de 1887, y aplicar indebidamente los artículos 1643 y 1644 del Código de Comercio.

2. Precisa el casacionista el alcance parcial de la acusación a propósito de la determinación exacta de la norma jurídica nacional aplicable a la controversia para fijar el monto de la indemnización, sin censurar la declaración de responsabilidad, la ausencia del valor declarado, el pacto de responsabilidad ni la pertinencia de la acción, sino la falta de aplicación del artículo 1031 del Código de Comercio y de condena al pago del 80% del valor probado.

3. Para el censor los artículos 1031, 1643 y 1644 del Código de Comercio tienen el mismo grado de especialidad, son contradictorios y debe aplicarse de preferencia el primero por tratarse de norma posterior adoptada mediante el Decreto Extraordinario 01 de 1990, a cuyo tenor el transportador responde por el valor declarado de las mercancías salvo que haya pactado un límite a la indemnización que no será inferior al 75% o, faltando la declaración o realizada por un valor superior al indicado en el artículo 1010, el monto se limita al 80% del probado en el lugar y fecha prevista para la entrega sin admitir estipulación contraria dado el carácter imperativo del precepto, mientras que según el segundo el *quantum* de la reparación equivale al valor declarado en el conocimiento de embarque sin posibilidad de limitarla, y conforme al tercero, faltando la declaración equivaldrá al precio de las mercaderías en el puerto de embarque, pero



podrá pactarse un límite máximo que no será inferior al 80% mencionado, de donde la decisión incurrió en un yerro respecto de la norma jurídica exactamente aplicable, porque debió aplicar el señalado tope mínimo consagrado en el artículo 1031 del Código de Comercio.

CARGO SEGUNDO

1. Por la misma causal primera de casación y la vía indirecta, denuncia la inaplicación del artículo 1031 del Código de Comercio y la indebida aplicación del artículo 1644 *ibídem*, a consecuencia de error fáctico en la apreciación del conocimiento de embarque.

2. Para la recurrente, el *ad quem*, se abstuvo de aplicar el artículo 1031 del Código de Comercio por faltar la declaración del “*valor de las mercancías*”, “*siquiera al momento de su entrega*” y de facilitación al transportador de “*la factura de compraventa de los bienes porteados ‘o la lista de la carga embalada*”, cuando la casilla número 6 del conocimiento de embarque denominada “*referencias de exportación*” la menciona con el número 90510-2 e indica el monto de los bienes (fls. 224 y 239, cdno. 1), integra su contenido, demuestra lo declarado, la entrega al transportador o su conocimiento, también derivado de la “*lista de contenido*”, y por lo tanto, acredita el error de hecho probatorio del Tribunal.

3. El fallador, añade el casacionista, inaplicó el artículo 1031 del Código de Comercio por no ver la declaración del valor de las mercancías en los documentos integrantes del



conocimiento de embarque refrendado con la firma y el sello del transportador, sin el cual habría impuesto la indemnización por el monto declarado, condenado a pagar todos los daños, y también abstenido de aplicar al artículo 1644 *ibídem*, en tanto el límite máximo de responsabilidad susceptible de pactarse exige como requisito que no esté declarado, está consignado y fue conocido por el transportador.

CONSIDERACIONES

1. El análisis y decisión conjunta de los cargos, se justifica por referir *stricto sensu* a la norma jurídica nacional aplicable a la cuestión litigiosa, cuando se declara u omite el valor de las mercancías transportadas por mar bajo conocimiento de embarque, ya el artículo 1031, ora los artículos 1643 y 1644 del Código de Comercio, así como a la posibilidad de acordar límites cuantitativos a la indemnización, eficacia y restricciones legales del pacto, asuntos todos susceptibles de conjunción e integración para resolver sobre el conjunto.

Al efecto, la primera acusación argumenta, *prima facie* la existencia de una contradicción normativa solucionable con la aplicación del artículo 1031 por posterior en el tiempo y el carácter imperativo de los topes cuando existen pactos limitativos de responsabilidad. En la segunda, remitir el monto de la reparación al valor declarado de las mercancías por estar consignado en el conocimiento de embarque.



Contrario sensu, el Tribunal, desestima la antinomia, considera en principio aplicable el citado precepto, descarta el inciso tercero por faltar la declaración del valor de las mercancías en el conocimiento de embarque, el inciso octavo por supletivo al pactarse un límite a la responsabilidad, también el artículo 1643 al no estar declarado el importe, y concluye la aplicación del artículo 1644 del Código de Comercio, a cuyo tenor la limitación es eficaz.

Delanteramente, adviértase la intangibilidad de la conclusión del *ad quem* sobre la aplicabilidad de la ley colombiana al contrato al no comprenderla la acusación. Por ende, al margen de toda consideración al respecto, delimitada la cuestión central de la censura, es menester despejar la aplicación o inaplicación del artículo 1031 del Código de Comercio a la responsabilidad en el transporte marítimo de mercaderías bajo conocimiento de embarque, o la de los artículos 1643 y 1644 *ibídem*, para precisar conforme a la cuestión fáctica probatoria si el valor fue o no declarado, aspectos medulares de la decisión controvertida y de los reproches, que justifican la conjunción de los embates.

2. En cuanto a la contradicción normativa, es útil memorar que, toda norma jurídica contiene un supuesto fáctico a cuya verificación se conecta una consecuencia jurídica.

En línea de principio, el sistema jurídico es coherente, consistente o congruente y, por ende, no presenta asimetrías, contradicciones, incoherencias o conflictos normativos. En veces, distintos preceptos disciplinan idéntica o análoga hipótesis fáctica y asignan consecuencias incompatibles, es decir, a la misma *fattispecie* singular y concreta, atribuyen disímiles efectos.



La antinomia normativa, es la manifiesta contradicción, incompatibilidad e incoherencia entre normas jurídicas de igual o diferente categoría, una o diversa uniformidad, homogeneidad, heterogeneidad, generalidad o especialidad, bien absoluta o total, ora parcial o relativa, ya en abstracto o en concreto, cuya solución se disipa con la interpretación sistemática, adecuada, ponderada, la técnica del equilibrio, la disociación o, los criterios disciplinados por el ordenamiento jurídico.

El criterio jerárquico, atiende la naturaleza formal de las normas y su grado de autoridad. Cuando el conflicto verse sobre disposiciones de distinta categoría, se resolverá con la de mayor rango mayor (*lex superior derogat legem inferiorem; la ley superior deroga la ley inferior*). Así, las normas constitucionales aplican de preferencia respecto de las disposiciones legales que las contradigan (artículo 4º de la Constitución Política e inciso primero del artículo 5º de la Ley 57 de 1887). El *cronológico*, está basado en la época de expedición de las normas, y resuelve el conflicto con la más reciente (*lex posterior derogat prioriorem; la ley posterior deroga la ley anterior*). Esta regla define las situaciones conflictivas generadas por tránsitos de legislación (artículos 1 a 3 de la Ley 153 de 1887). Empero, por su alto grado de objetividad, el legislador extiende sus alcances incluso a casos en los cuales las normas hacen parte de una misma ley o de un mismo Código, *ad exemplum*, según el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, dándose contradicción de dos normas del mismo estatuto, se preferirá la del artículo posterior. La *especialidad*, a diferencia, parte del contenido de la norma, y no de una cuestión formal,



como la categoría, la fecha de promulgación, o el número del artículo que la identifica. Dependiendo del alcance de la norma en cuestión, el conflicto se resuelve a favor de la que tenga un mayor grado de concreción (*lex specialis derogat generalem; la ley especial deroga la ley general*), pero esta regla, dice autorizada opinión (Norberto BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, p. 344), es menos objetiva a las anteriores, por exigir previamente un trabajo hermenéutico definitorio del grado de generalidad o especialidad de las normas enfrentadas.

La aplicación de las directrices hermenéuticas deviene problemática, pese a su claridad, cuando la antinomia se depura a favor de una norma según un criterio, y de otra, conforme a otro. Ejemplos de este tipo de problemas son los conflictos entre una norma anterior superior y una posterior inferior; entre una anterior especial frente a una posterior general; o cuando la primera es superior general y la segunda es inferior especial. Esta asimetría, en ciertos supuestos carece de respuesta uniforme u homogénea y los comentaristas remiten a las circunstancias específicas de cada uno (BOBBIO, cit., pp. 350-353; María Teresa GARCÍA-BERRÍO, “Decálogo de las principales aportaciones de Norberto Bobbio al tratamiento de las antinomias”, en *Analisi e Diritto* 2005, Torino, Giapichelli, 2006, pp. 189 y ss.).

La legislación colombiana, consagra directrices claras para solucionar las antinomias o contradicciones normativas. El artículo 5º de la Ley 57 de 1987, modificado por los artículos 1º a 48 de la Ley 153 de 1987, establece la metodología orientadora del juez y el intérprete para seleccionar cuál de las disposiciones jurídicas en conflicto debe aplicarse. Advertida incompatibilidad



entre dos normas, el primer criterio hermenéutico aplicativo es el jerárquico, *verbi gratia*, la Constitución “es *ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente*”, toda norma legal anterior claramente contraria a u letra o espíritu, “se *desechará como insubsistente*”; en caso de incongruencia entre leyes, oposición de la anterior a la posterior o, tránsito de derecho antiguo a nuevo, la ulterior prevalece y aplica sobre la precedente, se considera insubsistente “*una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería*” (artículos 1º, 2º, 3º y 9º Ley 153 de 1887).

Ahora bien, en el *sub examine*, según el casacionista, la antinomia planteada debe resolverse a favor del artículo 1031 del Código de Comercio, fundamentalmente, por ser posterior en el tiempo al modificarse mediante el Decreto Extraordinario 01 de 1990, mientras los artículos 1643 y 1644 *ibídem*, datan de 1971.

Debe señalarse que el Decreto Extraordinario 01 de 1990 (enero 2, D.O. 39.127), “*por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), en lo referente al contrato de transporte y al seguro de transporte*”, fue expedido con base en las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 04 de enero 4 de 1989 (sentencia C-486 de 1993), “*para modificar el Título IV del Libro IV sobre las normas ‘del Contrato de Transporte’, artículos 981 a 1035 y la Sección III del Capítulo II, Título V del Libro IV en lo relacionado con ‘El Seguro de Transporte’, artículos 1117 a 1126 del Código de*



Comercio” entre otras finalidades, con miras a establecer un trato igualitario *“al transporte automotor de carga en relación con los demás modos de transporte”*, en orden a señalar límites temporales, cuantitativos y causas eximentes de la responsabilidad, monto de la obligación en caso de siniestro de la cosa transportada evitando su carácter incierto e ilimitado, etc., o sea, trátase de una norma concerniente al transporte en general.

Por otra parte, suficiente observar la ubicación de las normas; el artículo 1031 atañe al contrato de transporte, y los artículos 1643 y 1644, al transporte marítimo de mercaderías bajo conocimiento de embarque. Las normas relativas al contrato de transporte, aplican por remisión expresa de la ley (artículos 1646, 1650, C. de Co.) o, en ausencia de preceptos especiales relativos al transporte marítimo (artículo 999, C. de Co.). La responsabilidad del transportador marítimo está sujeta al régimen jurídico singular, especial y prevalente consignado en los artículos 1578 a 1584 (normas generales), 1585 a 1596 (transporte de personas) y 1597 a 1665 (transporte de mercancías) del Código de Comercio, las disposiciones generales sobre el contrato de transporte (artículos 981 ss; 992, 999, 1008 a 1035, C. de Co.), son aplicables al contrato de transporte marítimo, únicamente por remisión expresa (p.ej., el artículo 1646 remite a los artículos 986 y 987 del C. de Co.), o en casos de vacíos o lagunas, es decir, en lo no previsto expresamente por el régimen jurídico especial y siempre que no pugne con éste (artículo 999 C. de Co.). De esta forma, el contrato de transporte marítimo de mercancías tiene regulación normativa, prevalente y de aplicación preferente a las normas del transporte en general (arts. 985 a 1035, C. de Co.), las



cuales “aplicarán al transporte cualquiera que sea el medio empleado para realizarlo, sin perjuicio de normas contenidas en disposiciones especiales” (artículo 999, C. de Co.), o sea, aplican única y exclusivamente cuando las especiales no regulen la materia específica, o por remisión expresa, por ejemplo, emitido conocimiento de embarque único o directo, la responsabilidad del transportador marítimo se rige por los artículos 986 y 987 del Código de Comercio (artículo 1646, C. de Co.). Por esto, el artículo 999 del Código de Comercio, descarta la aparente antinomia, al disponer la preeminencia de las normas especiales del transporte marítimo y la aplicación de las generales del transporte, en presencia de vacíos o, desde luego, por expresa remisión.

3. Otro análisis admite el segundo argumento del primer cargo, según cual la violación directa a la ley sustancial se presenta por la ineluctable naturaleza imperativa de los topes fijados en el artículo 1031 del Código de Comercio a las cláusulas limitativas, sin posibilidad de estipulación contractual en contrario.

Al tenor del mencionado precepto, las partes carecen de libertad plena para limitar la responsabilidad del transportador de mercancías, pero podrán acordar reglas distintas a las legales, sin exceder los topes normativos, conforme el remitente haya o no declarado *ex ante* el valor de la carga afectada; si lo declaró, la indemnización equivale al 100% del valor declarado, las partes podrán limitarla hasta el 75%, y en ambas hipótesis, se adiciona a título de lucro cesante un 25%; y cuando omita la declaración a más tardar al entregarlas, se limita al 80% de lo que pruebe valían



las cosas en el lugar y fecha previstos para su entrega, pero no hay lugar a lucro cesante. Con todo, las partes pueden pactar libremente el límite cuantitativo en caso de retardo en la entrega, y de no acordarlo, la indemnización será la judicial. Empero, la prueba del dolo o culpa grave determinante del transportador, otorga derecho a la indemnización plena. Las cláusulas contrarias a la norma, sea por excluir el dolo o culpa grave, ora renunciar a responsabilidad por tal virtud, bien desconocer los topes mínimos o las condiciones para su pertinencia, “*no producirán efectos*”, o sea, se sancionan con ineficacia (artículo 897, C. de Co.)¹.

La “*ineficacia de pleno derecho*” (artículo 897, C. de Co.), en tanto un acto “*no produce efecto alguno*” (arts. 297, 918, 1045, 1055, 1137 y 2003 C. de Co.), “*será ineficaz*” (arts. 110-4, 122, 190, 433, 1244 y 1613 C. de Co., 16, 17 y 48, Ley 1116 de 2006), “*so pena de ineficacia*” (arts. 390, 366 y 1210, C. de Co.), carecerá “*de toda eficacia*” (art. 435, C. de Co.), “*no producirá efectos*” (arts. 524, 670, 712, 1005 y

¹ Artículo 1031 (Modificado por el Decreto 01 de 1990, art. 40). En caso de pérdida total de la cosa transportada, el monto de la indemnización a cargo del transportador, será igual al valor declarado por el remitente para la carga afectada. Si la pérdida fuere parcial, el monto de la indemnización se determinará de acuerdo con la proporción que la mercancía perdida represente frente al total del despacho. No obstante, y por estipulación expresada en la carta de porte conocimiento o póliza de embarque o remesa terrestre de carga, las partes podrán pactar un límite indemnizable, que en ningún caso podrá ser inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del valor declarado. En eventos de pérdida total y pérdida parcial por concepto de lucro cesante el transportador pagará adicionalmente un veinticinco por ciento (25%) del valor de la indemnización determinada conforme a los incisos anteriores. Si la pérdida o avería es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador éste estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia. En el evento de que el remitente no suministre el valor de las mercancías a más tardar al momento de la entrega, o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero el artículo 1010, 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 el destinatario. En el evento contemplado en este inciso no habrá lugar a reconocimiento de lucro cesante. Las cláusulas contrarias a lo dispuesto en los incisos anteriores no producirán efectos. Para el evento de retardo en la entrega, las partes podrán, de común acuerdo, fijar un límite de indemnización a cargo del transportador. A falta de estipulación en este sentido, la indemnización por dicho evento será la que se establezca judicialmente” (subrayas fuera del texto).



1031, C. de Co.), se tendrá no escrito (arts. 141, 150, 198, 200, 294, 318, 362, 407, 501, 655, 678, 962, 1328 y 1617, C. de Co; 11, Ley 1328 de 2009), o no puesto (arts. 655 y 717, C. de Co.), recoge *“multitud de supuestos de hecho que, en estricto sentido, deberían generar nulidad u otro tipo de vicio, dado que no en todas las eventualidades donde en ese estatuto legal ‘se exprese que un acto no produce efectos’, se está, necesariamente, ante la falta de algún elemento estructural del acto o contrato, como sucede, verbi gratia, en las hipótesis contempladas en los artículos 110, numeral 4º, 122, numeral 2º, 190, 297, según los cuales, serán ineficaces o no producirán efecto alguno ‘la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél’, ‘todo aumento de capital que se haga con reavalúo de activos’, ‘las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186’, ‘los actos que infrinjan los dos primeros ordinales del artículo’ 298 ‘respecto de la sociedad ni de los demás socios’, para citar apenas algunos, que el legislador, en ejercicio de su potestad, quiso ubicar dentro de la mencionada ineficacia”* (cas.civ. sentencia de 6 de agosto de 2010, exp. 05001-3103-017-2002-00189-01), es decir, comprende disímiles situaciones que, en su ausencia, en la disciplina normativa del negocio jurídico tendrían tratamiento específico (inexistencia, nulidad, anulabilidad e inoponibilidad del negocio jurídico), en particular por quebranto del *ius cogens*, normas imperativas protectoras de determinados intereses.

Esta ineficacia, ostenta tipicidad legal rígida, es de derecho estricto, presupone norma o texto expreso, claro e inequívoco (*“cuando en este código se exprese”*), aplica en los casos taxativos previstos por la ley, es restringida, restrictiva,



excepcional, excluye la analogía *legis* o *iuris*, aplicación e interpretación extensiva, no admite generalización ni extensión al regularse en normas imperativas, es drástica, *per se* e inmediata al acto, sin declaración judicial, aún cuando las controversias en torno a su procedencia, supuestos fácticos u ocurrencia o la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de la ineficacia la requieren.²

Per differentiam, los artículos 1643 y 1644 del Código de Comercio, contienen reglas diferentes a las del artículo 1031 de ese Código y refieren concretamente al contrato de transporte marítimo de mercancías con conocimiento de embarque.

Ex artículo 1643 del Código de Comercio, en línea de principio, el transportador responde de las pérdidas o daños a las mercaderías según el valor declarado por el cargador que conste en el conocimiento de embarque, salvo reserva y sin perjuicio de probar un valor inferior. El precepto guarda silencio respecto de la posibilidad de limitar convencionalmente la responsabilidad.

Conforme al artículo 1644, si en la declaración inserta en el conocimiento de embarque, el cargador omite determinar el valor de las mercancías más no su naturaleza, el transportador responderá de las pérdidas o daños por el valor que se pruebe

² Una sugestiva doctrina colombiana, identifica la figura *legis* introducida por el Código de Comercio de 1971, con la fórmula *pro non scripta* como expresión del *favor testamenti*, tratándose de la institución testamentaria de heredero *ex certa re*, *excepta re certa*, a término o condición imposible, ambigua, resolutoria o ilícita por contrariar las buenas costumbres, todas las cuales se tenían no escritas, no en aplicación del principio *utile per inutile non vitiatur*, con el que en nada se relaciona, y halla su consagración previa en los artículos 805, 830, 1057, 1113, 1117, 1123, 1124, 1129, 1132, 1133, 1184, 1190, 1537, 1931 y 1950 del Código Civil, 108 y 109 de la Ley de 1887, así como su reconocimiento en la sentencia de casación civil del 15 de septiembre de 1945, LIX, p. 926, respecto de la prohibición de fideicomisos sucesivos.



tenían en el puerto de embarque, y “podrá pactar un límite máximo a su responsabilidad”. La norma prevé la posibilidad de pactar cláusulas limitativas al *quantum* de la indemnización, sin indicar tope legal cuantitativo.³

La disposición, se ha entendido en dos diferentes e incompatibles sentidos. Uno, parte del “*argumento a contrario*”, basado en la implícita, presupuesta o supuesta “*voluntad del Legislador*”, con arreglo a la cual, si hubiera querido establecer topes a las cláusulas limitativas de responsabilidad, lo hubiera consagrado expresamente, y al dejar de hacerlo ni existir norma expresa sobre la materia, *contrario sensu*, se deduce la voluntad del legislador de dejar libres a las partes para fijar el límite más conveniente a sus intereses. Esta es la postura del *ad quem* con argumentación similar al considerar que las partes del contrato de transporte están facultadas para estipular cualquier límite a la responsabilidad del transportador, y en el caso, debe seguirse no el artículo 1031 del Código de Comercio, sino lo pactado en la cláusula cuarta del conocimiento de embarque No. 66100-14083.

³ “Artículo 1643. El transportador será responsable de las pérdidas o daños causados a las mercaderías con arreglo al valor que el cargador haya declarado por bultos o unidad, siempre que dicha declaración conste en el conocimiento de embarque y no se haya formulado en el mismo la oportuna reserva por el transportador, su agente marítimo o el capitán de la nave. Pero si el transportador prueba que las mercaderías tenían un valor inferior al declarado, se limitará a dicho valor su responsabilidad” (subrayas fuera del texto).

Artículo 1644. Cuando en la declaración inserta en el conocimiento no haya determinado el cargador el valor de las mercaderías pero sí su naturaleza, y el transportador, su agente marítimo o el capitán del buque no hubieren formulado la oportuna reserva sobre dicha declaración, se atenderá el transportador para la indemnización al precio de dichas mercaderías en el puerto de embarque. Pero en este caso podrá pactar un límite máximo a su responsabilidad. Si la pérdida se debe a dolo o culpa grave del transportador o del capitán, la responsabilidad será por el valor real de la cosa, sin limitación. Además, para los efectos del presente artículo y del anterior, el transportador deberá indemnizar al cargador los demás gastos en que éste haya incurrido por razón del transporte (subrayas fuera del texto).



Empero, perspectiva tan general del artículo 1644 es inexacta. La disposición por la cual el transportador “*podrá pactar un límite máximo a su responsabilidad*”, es un permiso, y nada más que eso. Ella no contiene, ni siquiera remotamente, una reglamentación completa o exhaustiva de los términos a los cuales deben ceñirse tales convenciones. Dicho régimen debe buscarse en la ley, mediante mecanismos de “*autointegración*”, antes de acudir a parámetros tan abstractos como el “*espíritu de la ley*” o la “*voluntad del Legislador*”. Según el artículo 30 del Código Civil, las distintas normas del ordenamiento se entienden de manera armónica, como parte de un sistema, especialmente cuando tratan del mismo asunto. Asimismo, el artículo 23 *ibídem* autoriza al intérprete recurrir a la intención del legislador, únicamente cuando esté claramente manifiesta en el texto de la ley o en sus antecedentes.

En el caso en estudio, el artículo 1644 no da muestras claras, manifiestas ni menos implícitas de cuál era la intención perseguida por el legislador de 1971. Por esto, la ley no autoriza con criterios exógenos, deducir una supuesta *voluntas legis* consistente en conceder una libertad absoluta a las partes para pactar su responsabilidad contractual o prestacional sin limitación alguna. Postura semejante, es rezago del voluntarismo jurídico, según el cual la Ley es concebida como la “*manifestación de la voluntad*” en la cual un Legislador, con atributos similares a los de un hombre real, decide y manda (BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975, p. 239). Por el contrario, ex artículos 23 y 30 del Código Civil, el contenido normativo a considerar está constituido



por “*todos y sólo aquéllos efectos que la norma es capaz de producir, puesta en relación con todas las demás vigentes y en contacto con la vida practica*” (HECK, citado por BETTI, *ibídem*, p. 240). Por tanto, los efectos previstos en el artículo 1644 del Código de Comercio, derivan de un análisis objetivo y sistemático del ordenamiento mercantil, y no de suposiciones formuladas a partir de una etérea e incierta “*intención del Legislador*”.

Un análisis sistemático de las disposiciones de nuestro derecho privado corrobora esta postura. El ordenamiento jurídico nunca concede libertad absoluta a las partes de un negocio para fijar cualquier tope a su responsabilidad contractual, menos en el contrato de transporte marítimo de mercaderías con conocimiento de embarque.

A tal conclusión se llega, en primer término, por el tratamiento que de tiempo atrás la jurisprudencia nacional, otorga a las cláusulas limitativas de responsabilidad, pactos dispositivos expresos, claros e inequívocos para disciplinarla anteladamente con la alteración, variación, o modificación del régimen normativo ordinario, bien por el incumplimiento de una relación jurídica preexistente, ya por los riesgos inherentes a su ejecución, ora por el quebranto de otros derechos e intereses protegidos, y en concreto, de sus elementos o presupuestos estructurales, o sea, el daño, el nexo causal y el factor de imputación, el *quantum*, la modalidad, forma y alcance de la indemnización respectiva con límites cuantitativos o cualitativos en su naturaleza, contenido o su extensión.



Desde el año de 1936 en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia se ha desarrollado con algún detalle, y con base en las reglas generales sobre obligaciones y contratos, el tema de la validez de las cláusulas de limitación y exclusión de la responsabilidad de las partes, y se han establecido límites a este tipo de pactos. En los primeros pronunciamientos sobre el tema (cas. civ. sentencias de 9 de diciembre de 1936, G.J. XLIV, pp. 405 y ss. y de 15 de julio de 1938, G.J. XLVII, pp. 68 y ss.), la Sala reconoció que a las partes de un contrato les asiste derecho a pactar un grado de responsabilidad distinto del ordinario para efectos de aligerar o disminuir sus riesgos en caso de inejecución de sus obligaciones. Sin embargo, ya desde entonces, sostuvo que dicha facultad no es omnímoda, pues no les está permitido a las partes pactar la exclusión total de su responsabilidad. Ello no sólo contradiría el concepto de la “obligación”, sino también el espíritu de distintas normas del Código Civil que sancionan tales cláusulas con nulidad, como los artículos 1895, 1522, 63 y 1604. Se consideró, *ab initio* que, en tales cláusulas va envuelta una condonación del dolo futuro de una de las partes, pues al pactarse su irresponsabilidad, implícitamente se está tolerando que sea negligente en la ejecución de sus obligaciones.

Al respecto, en la sentencia de 9 de diciembre de 1936, la Corte precisó que, “[l]a eficacia o ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad en los contratos ha sido cuidadosamente estudiada por los autores, sea desde el punto de vista de la culpa, sea desde el de la carga de los riesgos, y ellas han dado lugar a la tesis llamada de la inversión de la carga de la prueba. No obstante la cuestión de la validez y efecto de las cláusulas de no responsabilidad, es todavía objeto de vivas discusiones [...] el art. 1604 del C. C. al precisar la responsabilidad general que corresponde



al deudor según la naturaleza de los contratos que celebre y al dar la norma para la carga de la prueba de las obligaciones contractuales, permite a las partes estipular expresamente una responsabilidad especial y modificar consecuentemente la regla sobre la prueba del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Relacionando tal precepto con los arts. 63 y 1522, siempre se ha entendido que el deudor no puede estipular la exención de su responsabilidad en caso de que la inejecución de su obligación debido a dolo o a su culpa grave...” (XLIV, pp. 405 y ss.).

Más adelante (cas.civ. sentencia de 6 de marzo de 1972, G.J. CXLII, pp. 98 y ss.), la Corte admitió bajo condiciones estrictas la exclusión de la responsabilidad de alguna de las partes cuando refiera a culpa leve y levísima. Dijo entonces, “*que evidentemente las cláusulas de irresponsabilidad cuya presencia no es rara hoy en ciertos tipos de contratos, son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en materia civil se asimila al dolo según las voces del artículo 63 del Código Civil, desde luego que el 1522 de la misma obra le niega validez a la condonación del dolo futuro y el 1523 ibídem estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Tratándose de la culpa leve y levísima, en cambio, los contratantes pueden lícitamente acordar, y en estos eventos su convención es plenamente eficaz, la atenuación y aun la supresión de la responsabilidad civil que la ley, como norma supletoria de la voluntad expresa de las partes, consagra para estos dos grados de culpa”.*

Con la jurisprudencia reseñada puede concluirse que, si bien, en ejercicio de la autonomía privada, las partes están facultadas por el ordenamiento jurídico para establecer límites a su responsabilidad negocial o debitoria, y más concretamente, por un riesgo propio del negocio, tal facultad no es absoluta, sino sujeta a límites de orden público. Y sobre todo no puede utilizarse



jamás como herramienta para patrocinar directa o indirectamente, que las partes del contrato respectivo, eludan su responsabilidad por culpa grave o dolo, vulneren normas jurídicas imperativas (*ius cogens*), las buenas costumbres, o materias sustraídas de su esfera dispositiva, *verbi gratia*, los derechos de la personalidad, la vida, salud e integridad de las personas.

En análogo sentido, los principios generales de las obligaciones y contratos establecen una fuerte limitación a la libertad de las partes en este sentido. Así, ex artículo 872 del estatuto mercantil, “[c]uando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”. Los contratos sinalagmáticos, conmutativos o de prestaciones correlativas, por su propia estructura funcional deben guardar un mínimo de proporcionalidad entre las prestaciones asumidas por los distintos sujetos. Y si dicha relación no existe, porque la obligación de una de las partes contratantes es ínfima comparada con la de su contraparte, la situación se asimila a la que existiría si no se hubiera pactado dicha contraprestación. Ahora bien, en el contrato de transporte el remitente o el destinatario, según el caso, corren el riesgo de destrucción, pérdida o perecimiento de la cosa en el trayecto. Sin embargo, la carga de sobrellevar ese riesgo se compensa con el régimen de responsabilidad del transportador, sometido a reglas especiales y más estrictas que las comunes para todos los contratos. Dicho régimen sería inane de permitirse pactar cláusulas que limiten un monto para las indemnizaciones excesivamente bajo. Irrisorio, ha dicho la jurisprudencia, es aquello “*tan exiguo que de lejos es ridículo; si se quiere, que su monto suscita irrisión*” (cas.civ. sentencia de 20 de septiembre de



2000, expediente R-5705). Permitir a las partes de un contrato fijar el monto de su responsabilidad en una cifra ínfima, sería tanto como autorizarlas para excluir de antemano su responsabilidad; pero esta actitud no es admisible pues, tal como se expresó, ello a más de contrariar la noción prístina de la obligación puede prohiar la condonación del dolo futuro, prohibida por el ordenamiento, y es sancionable con pérdida de eficacia del negocio respectivo.

Otra razón deriva de la *lex mercatoria* y el derecho comparado, reflejo tendencial de la materia en el tráfico jurídico. Los ordenamientos foráneos y tratados internacionales revelan un interés cada vez mayor en que las cláusulas limitativas de responsabilidad garanticen una indemnización mínima a los sujetos afectados en caso de pérdida de mercancías, y en evitar abusos. Con no poca frecuencia las distintas legislaciones regulan la libertad de las partes para limitar su responsabilidad, con argumentos de distinto tipo. En ocasiones, para preservar el orden público político, económico o social de la Nación o el internacional consagrado en normas jurídicas imperativas. A veces, evitando que alguno de los contratantes, actuando con dolo o culpa grave, se beneficie del régimen convencional de responsabilidad. En otros casos, la regulación se concibe en procura de la protección del consumo y los consumidores, o de la parte débil del contrato o, de la sanción al abuso de la posición dominante contractual o, del aprovechamiento indebido de las condiciones de debilidad o inferioridad concreta de un sujeto. En fin, en muchas ocasiones las cortes han restringido la posibilidad de celebrar estos pactos, en aplicación de principios generales del derecho, como la buena



fe, o la prohibición del abuso del derecho o de la posición dominante.

El derecho extranjero utiliza varios de estos criterios para abordar el tema del control a las cláusulas limitativas de la responsabilidad. La Directiva de la Unión Europea 1993/13/CEE de 5 de abril de 1993, se refiere a estos pactos en el contexto de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. La legislación alemana, prohíbe la exoneración de responsabilidad previa por daños a la vida, a la salud o al cuerpo, por dolo o culpa grave, o rompimiento intencional del contrato (§309, numerales 7 y 8; §276 y §278). El derecho italiano, establece reglas análogas sobre cláusulas exonerativas que responden a dolo o culpa grave de uno de los estipulantes o de sus dependientes (artículo 1229), o en los contratos celebrados con consumidores (artículo 1469-bis). El *Uniform Commercial Code* norteamericano, contiene normas que establecen un vínculo entre las cláusulas limitativas de la responsabilidad, la finalidad del contrato y el equilibrio de las partes (p. ej. § 2-719). Regulaciones recientes del derecho comercial internacional y nuevas tendencias de la *lex mercatoria* afirman el interés generalizado por reglamentar las condiciones en que las partes pueden acordar el régimen de responsabilidad contractual. Por ejemplo, el artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT, 2010, según el cual, la parte no podrá invocar la cláusula de limitación o exoneración, en caso de incumplimiento de una obligación, o si permite una prestación sustancialmente diferente de aquella que razonablemente debe atender la otra parte, o su ejecución resulta manifiestamente inequitativa.



Ya específicamente frente al contrato de transporte marítimo, los distintos convenios de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercaderías se han referido al tema. Tanto las “Reglas de Hamburgo” de 31 de marzo de 1978 (artículo 6) como las “Reglas de Rotterdam” de 11 de diciembre de 2008 (artículos 59 a 61) contienen previsiones sobre la posibilidad de limitar la responsabilidad por incumplimiento contractual. Ambos instrumentos disciplinan limitaciones a la responsabilidad del transportador, de acuerdo con el número de unidades de carga transportadas o a su peso, pero difieren en las facultades de las partes para modificar dichas reglas. La Convención de Hamburgo de 1978 permite a las partes un régimen de responsabilidad menor al que allí se dispone; las Reglas de Rotterdam de 2008 son incluso más severas con el transportador a este respecto, y sólo autorizan pactar límites por encima de lo allí consignado. Asimismo, esta convención excluye las cláusulas limitativas de la responsabilidad por incumplimiento a causa del dolo o la culpa del transportador o de su personal.

Por lo dicho, el artículo 1644 del Código de Comercio no puede aplicarse en forma tal que equivaliese al reconocimiento de una potestad omnímoda, libérrima o absoluta a las partes, o una autorización normativa en blanco para pactar límites a la responsabilidad debitoria contractual tan amplia como la expuesta por el Tribunal, pues dicha facultad no puede ejercerse *ad nutum*, está sujeta a límites, en ocasiones por la naturaleza misma de la obligación, y las más de las veces, por normas imperativas, contra las cuales no es posible estipular: “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” (D.2.14.38, artículo 16 del Código Civil), *verbi*



gratia, cuando comporta trasgresión del orden público, las buenas costumbres o exonera de todo el deber de prestación o, lo deja en términos tan irrisorios, inequivalentes o desequilibrados o, implica condonación del dolo o de la culpa grave, abuso de posición dominante contractual o de las condiciones de debilidad de una parte, o una estipulación negocial abusiva (cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, 2 de febrero de 2001 y 13 de diciembre de 2002).

La otra perspectiva formulada en torno al artículo 1644 del Código de Comercio, postula a falta de un régimen especial para las cláusulas limitativas de la responsabilidad en el contrato de transporte marítimo de mercaderías, un vacío normativo llenado con las normas generales sobre el contrato de transporte de cosas. De este modo, los topes dispuestos en el artículo 1031 del Código de Comercio y las sanciones por su vulneración serían aplicables a cláusulas insertas en un conocimiento de embarque. Es la sostenida, a grandes rasgos, por el casacionista en su recurso. Por ello alega que el Tribunal debía aplicar la referida norma, y al no hacerlo, vulneró la ley sustancial. Para la Sala, el argumento no es exacto, porque los artículos 1643 y 1644 del Código de Comercio hacen parte del contrato de transporte marítimo de mercaderías con conocimiento de embarque, refieren a un tipo negocial concreto y autónomo, diferente de las demás modalidades de transporte reglamentadas en el estatuto mercantil, consideradas las notables singularidades que lo caracterizan. En él intervienen sujetos (como el armador, el agente marítimo o el capitán) que le son exclusivos, y que son objeto de un particular régimen de responsabilidad; asimismo, los



riesgos derivados del mar no tienen par en contratos de otro tipo. Por lo mismo, este contrato constituye un tipo autónomo, no sólo en lo tocante a sus elementos configurativos, función práctica o económica social, sino en su régimen jurídico específico, y así debe entenderse a la hora de determinar los concretos derechos y obligaciones de las partes, límites a su libertad contractual y sanciones específicas de las que puede ser objeto, sin perjuicio claro está, de la aplicación de las normas generales reguladoras de los actos dispositivos.

Atendiendo estas singularidades, el legislador de 1971 estableció *prima facie* reglas especiales de integración. El artículo 1650 del Código de Comercio, remite de manera expresa a las reglas generales sobre el transporte de cosas por mar (artículos 1597 a 1633), para colmar lagunas derivadas de la interpretación y ejecución de negocios bajo conocimiento de embarque, como el litigioso. Fuera de ello, es oportuno precisar que, sólo cuando los preceptos especiales del transporte marítimo no regulan la hipótesis concreta, aplican las normas generales del transporte (artículo 999, C. de Co.), desde luego, agotada la autointegración con las normas singulares y en lo que no pugne con sus principios o reglas o, por remisión de la ley especial.

Podría pensarse, dentro del argumento del censor, que los topes y sanciones previstos en el artículo 1031 serían aplicables al contrato de transporte marítimo de mercaderías con conocimiento de embarque por *analogia legis*, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1º del Código de Comercio y 8º de la Ley 153 de 1887. Tal argumento se rechaza de inmediato, porque



en ningún caso se puede aplicar la analogía *in malam partem*, menos tratándose de normas restrictivas o sancionatorias. El derecho privado parte de la autonomía privada como principio rector; todas las normas que establezcan límites a la libertad contractual de las partes, o que sancionen con algún grado de ineficacia sus negocios, siempre serán de interpretación restringida, y no podrán aplicarse más allá del supuesto de hecho específico para el cuales fue diseñada por el legislador, menos la sanción de "*ineficacia de pleno derecho*" ex artículo 897 del Código de Comercio, pues las normas imperativas, son "*de observancia forzosa, obligatoria, imprescindible e ineludible, impuestas por el legislador a contrariedad de sus destinatarios al obedecer al ius cogens u orden público, intereses vitales de mayúscula significación e importancia y, por ello, no admiten en forma alguna discusión, sustitución, exclusión, alteración, modificación ni aplicación e interpretación extensiva o analógica y comportan restricciones a la autonomía privada y libertad particular, por lo cual, se comprende su efecto vinculante y la imposibilidad de extenderlas a casos análogos y próximos*" (cas.civ. sentencia de 1 de julio de 2008 [SC-060-2008], exp. 2001-00803-01), más aún si las libertades ciudadanas, dentro de éstas la contractual, a falta de prohibición expresa, clara e inequívoca del legislador, tienen vocación de libertad, las sanciones excepcionales, y todas las "*disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos y contratos son de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos, sin que puedan aplicarse a casos no expresados en ellas*" (cas. civ. de 13 de noviembre de 1923. G.J., tomo XXX, pág. 212).

El artículo 1031 del Código de Comercio, restringe en sentido preciso la libertad de las partes para fijar el monto de la responsabilidad y sanciona con ineficacia de pleno derecho las



estipulaciones contrarias a los topes imperativos establecidos. *Mutatis mutandi*, es improcedente su aplicación analógica a pactos diversos a los contemplados, particularmente al contrato de transporte marítimo de mercaderías con conocimiento de embarque, tanto cuanto por la previsión específica del artículo 999 del Código de Comercio, a más que las limitaciones a la libertad contractual o autonomía privada dispositiva y la ineficacia, no admiten analogía, menos a tipos contractuales distintos. Es que, el transporte marítimo de mercancías, a no dudarlo, se inserta en un contexto económico nacional o internacional con una dinámica propia, muy diversa al transporte terrestre.

Conformemente, la responsabilidad del transportador marítimo por las pérdidas o daños a las mercancías transportadas en los contratos de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque, está sujeta al régimen jurídico preferente y prevalente consagrado en los artículos 1643 y 1644 del Código de Comercio, según el valor "*conste en el conocimiento de embarque*" o no esté determinado "*en la declaración inserta*" en éste, y no por el artículo 1031 *ibídem*, que es inaplicable sea en forma directa, bien indirecta, ora analógica, ya complementaria, al no existir remisión alguna, y estar proscrita la analogía en materia restrictiva y sancionatoria, de donde, el juzgador acertó al dejar de aplicarlo.

4. En torno al yerro fáctico probatorio imputado al fallador con la preterición del valor declarado de las mercancías según la factura de compraventa 90510-2 y la lista descriptiva anexa, desestimadas al no integrar el conocimiento de embarque



cuando su casilla seis menciona expresamente el citado número o por ser negocios diferentes, autónomos e independientes.

De la contemplación objetiva del conocimiento de embarque, es patente que la casilla 25 destinada a indicar el valor de las mercancías, está en blanco, cual advirtió el juzgador de segundo grado. En igual sentido, refulge a simple vista la mención material en el conocimiento de embarque 66100-14083, casilla 6, *“referencias de exportación”* del número 90510-2, correspondiente a la factura de las mercaderías y su listado descriptivo anexo, con el valor total en dólares americanos (fls.13 15,17, 224-236, 239-241, cdno. 1), como reclama el censor para demostrar el yerro fáctico invocado en la acusación por vía indirecta. También, a no dudarlo, el transportador conoció la declaración del valor según esos documentos comoquiera que el contenido del conocimiento de embarque los expresa, consigna y tiene su firma.

Para decidir la acusación, menester precisar qué debe entenderse por declaración inserta o constancia del valor de las mercancías en el conocimiento de embarque, por cuanto para el censor los documentos lo consignan y son parte integrante de su contenido, mientras el Tribunal los consideró diversos al título por reflejar negocios autónomos e independientes, y no estipularse expresamente que eran parte integral del mismo.

A la Sala, es claro que, el conocimiento de embarque, es diferente a otros actos o negocios, en particular al transporte, la compraventa y la factura de compraventa, pues difieren en su disciplina normativa. En la compraventa mercantil el vendedor se



obliga a transferir el derecho real de dominio sobre una cosa al comprador, quien se obliga a adquirirla y pagar su precio (arts. 905 y ss., C. de Co.). De la internacional, trata la parte tercera de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, aprobada por la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, declarada exequible según sentencia C-529 de 2000 y promulgada por el Decreto 2826 de 2001 (artículos 25 a 88), y la factura cambiaria de compraventa *"es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio"* (arts. 772 y ss. C. de Co.; Ley 1231 de 2008, arts. 1º y ss.). La compraventa y la factura cambiaria de compraventa, crean relaciones jurídicas distintas e independientes a las del transporte y el conocimiento de embarque.

En virtud del transporte, el transportador, transportista o porteador contrae con el pasajero, remitente, cargador o porteador, la obligación de conducir de un lugar a otro, personas sanas y salvas o, la de recibir, conducir y entregar al destinatario cosas en el estado recibido, por el medio y en el plazo estipulados o, en su defecto, por vía razonablemente directa, en un término prudencial, según los horarios, itinerarios y normas establecidas en los reglamentos oficiales, a cambio de una contraprestación económica, precio, flete o porte (artículos 981, 982 y 1008, Código de Comercio; cas.civ. sentencia de 30 de noviembre de 2004, exp. 0324).



El contrato de transporte mercantil es marítimo cuando la conducción de las personas o cosas de un sitio a otro se hace por mar y medios o modos marítimos.

En el transporte de cosas, el transportador, por un precio o flete, adquiere con el cargador la prestación de conducir por mar cosas, bienes, mercancías o carga de un puerto a otro, en viajes regulares u ocasionales y embarcaciones determinadas, indeterminadas, mayores o menores, en el término estipulado o usual, por la ruta convenida o, la más directa, y a entregarlas al destinatario o consignatario designado, en el mismo estado recibido y en el lugar acordado (artículos 981, 982, 1008, 1597 y 1598, Código de Comercio; cas.civ. sentencia de 24 de junio de 1988). Este contrato puede celebrarse bajo conocimiento de embarque, fletamento por viaje (*charter party*), tiempo (*time charter*) o a casco desnudo (artículos 1666 y 1677, C. de Co.; cas.civ. sentencia de 13 de mayo de 1992) u otra modalidad admitida por la ley, usos o prácticas del tráfico jurídico (*Contract of Affreightment*), es de forma libre, existe desde el acuerdo de las partes sobre sus elementos esenciales (*essentialia negotii*) por cualquier medio idóneo (artículos 981, inciso 2º, 1578 y 1634 C. de Co.), y salvo el de embarcaciones menores “se probará por escrito” (artículo 1578, C. de Co.), formalidad “*ad probationem*, que, como tal, no quiere significar que el escrito sea una exigencia *ad solemnitatem*” para su existencia (*ad substantiam actus*, artículo 898 C. de Co), sino para probarlo (cas.civ. sentencia de 25 de mayo de 1990). En cuanto a las partes (transportador o porteador, cargador o remitente, destinatario -que puede ser el remitente-, cuando lo acepta –art. 1008, C. de Co.-), forma libre,



elementos esenciales, contenido, efectos, derechos, prestaciones, responsabilidad, acciones y prueba, el contrato de transporte marítimo ostenta características distintivas de otras relaciones, *ad exemplum*, compraventa de las mercancías, conocimiento de embarque, seguro de transporte, agencia marítima, aduanera y de carga, carta de crédito, operación logística, entre otras.

Justamente, el conocimiento de embarque, se expide a petición del cargador por el transportador en ejecución del transporte y en cumplimiento de sus obligaciones después de la celebración del contrato, la entrega y el recibo efectivo de las mercaderías a bordo del buque, en dos ejemplares, el original negociable, con su firma o la de su representante o el capitán de la nave (artículo 1635, C. de Co.).

Más exactamente, uno y otro, configuran relaciones jurídicas disímiles. El contrato regula el acuerdo dispositivo de las partes en torno al transporte marítimo de las mercancías por el medio, el tiempo, ruta y precio convenido, esto es, la relación jurídica del transporte entre el transportador y el cargador. El conocimiento de embarque, es prueba del contrato de transporte marítimo de mercancías, acredita la recepción efectiva de las mercancías a bordo de la nave para transportarlas (artículos 1578, 1603, 1637, 1638, 1639, 1640 y 1641 Código de Comercio), y por expresa previsión legal, es un título valor representativo de mercancías (artículos 767-771, 1636, 1638 y 1642 C. de Co.), o documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo incorporado (artículo 619, C. de Co.), desde que reúna íntegros los requisitos esenciales generales predicados de



todos los títulos valores, o sea, la mención del derecho incorporado y la firma del creador del título (artículos 620, 621, 625, 644 y 647, C. de Co.), así como los requisitos esenciales particulares de su clase concreta (artículos 768, 1601 y 1637, C. de Co., norma última por cuya especialidad prevalece sobre la primera). Su naturaleza de título, origina *per se* la relación jurídica cambiaria, regida con las particularidades de su especie, por los principios de incorporación (artículos 619, 621, 622, 624, 628, 629, C. de Co.), literalidad (artículos 619, 620, 621, 622, 626, 631, 635, 657, 658, 659, 697, 706, 707, 708, 723, 727, 784-1, 3, 7 y 13- C. de Co.), legitimación (artículos 619, 624, 647, 648, 661, 662, 691, 696, 784-11-810 C. de Co.) y autonomía (artículos 619, 627, 631, 632, 636, 659, 689, 784 -1, 2, 3 y 13- C. de Co.), diversa al negocio jurídico causal base de su creación o emisión, y por lo tanto, al contrato de transporte marítimo de mercancías.

Como título valor representativo de las mercaderías el conocimiento de embarque incorpora y confiere a su tenedor legítimo el derecho exclusivo a la entrega de las mercancías transportadas en el puerto de destino, *“la posesión mediata y documentada de las mismas y la facultad también exclusiva de disponer de ellas mediante la negociación del título”* (cas. civ. sentencia de mayo 24 de 1990; 12 de junio de 1990, CC, pp. 263 y ss.; arts. 644, 647, 767-771, 1635, 1636, 1638 y 1642 C. de Co.), *“independientemente de que en él concurra la calidad de remitente, destinatario o de tercero frente a la relación jurídica derivada del transporte”* (cas.civ. sentencia de 16 de diciembre de 2010, exp.1989-00042), es decir, el derecho de disposición y a la entrega se radica exclusivamente en el tenedor legítimo, o sea, en



quien lo adquirió conforme a la ley de su circulación (artículos 647 y 1636, C. de Co.).

En este contexto, son irrefutables las diferencias entre el conocimiento de embarque, el transporte, la compraventa y la factura cambiaria de compraventa.

Sin embargo, como quedó sentado el legislador prevé una disciplina concreta a la responsabilidad por daños o pérdidas de las mercancías durante la ejecución del contrato de transporte marítimo celebrado bajo conocimiento de embarque. La ley señala este régimen jurídico preferente y prevalente en los artículos 1643 y 1644 del Código de Comercio, específicamente, en lo relativo al *quantum* de la indemnización.

Punto de partida en la apreciación del problema, es la declaración del valor de las mercancías, cuya veracidad garantiza el cargador al transportador (artículos 1615 y 1619, C. de Co.). Declarar el valor, facilita calcular la indemnización, identificar, dimensionar y distribuir razonablemente los riesgos. Al transportador, evaluar su exposición, términos del contrato, costos del transporte, flete y seguros. Insertar el valor de las mercancías en el conocimiento de embarque, suministra certeza a propósito, garantiza la buena fe, confianza depositada (*cum fides*), lealtad, corrección y permite a las partes establecer topes o límites cuantitativos a la indemnización, la cual de ordinario equivale al valor declarado, excepto si es mayor al real, al que se limita. La carga de insertar o hacer constar la determinación del valor de las mercancías en el conocimiento de embarque, es del cargador, y



se entiende, por ajena al transportador, la simetría, equivalencia o paridad entre la responsabilidad por pérdida o deterioro y el precio del transporte estimado de ordinario con base en su volumen y peso, sin perjuicio de calcularlo sobre el valor de la carga. En la práctica internacional, generalmente se omite declararlo por su incidencia en el precio o flete, estimado y cobrado por cantidad o peso, no por el valor de las mercancías.

La declaración del valor de las mercaderías, podrá insertarse en el conocimiento de embarque u omitirse según es frecuente, sin afectar el título valor, -por no ser requisito esencial general o particular del marítimo-, pero la inserta o que conste en éste, es de fundamental trascendencia en el monto indemnizatorio y en la posibilidad de pactar límites cuantitativos.

Declarado por el cargador e inserto o constando en el título el valor de las mercancías, el monto de la indemnización por las pérdidas o daños causados, equivale al total de la declaración por bultos o unidad, si el transportador, su agente marítimo o el capitán, no formuló oportuna reserva, pudiendo empero, probar uno inferior, al cual se limita (artículo 1643, C. de Co.).

En cambio, “[c]uando en la declaración inserta en el conocimiento no haya determinado el cargador el valor de las mercaderías, pero sí su naturaleza, y el transportador, su agente marítimo o el capitán del buque no hubieren formulado la oportuna reserva sobre dicha declaración”, la cuantía de la pérdida o daño equivale al precio de las mercaderías en el puerto de embarque, pero podrá pactarse un límite máximo, salvo dolo o culpa grave,



en cuyo caso, será el valor real sin limitación (artículo 1644, C. de Co.).

Refiérese, pues, el precepto a la falta del valor de las cosas “*en la declaración inserta en el conocimiento*” de embarque.

Necesario recordar ahora que, “*toda norma jurídica en su estructura está integrada por un supuesto de hecho y una consecuencia. El supuesto de hecho (Factum, tatbestand, état de chose o fattispecie), es proposición descriptiva de una hipótesis abstracta o un juicio condicional (C. Massimo Bianca, Diritto civile I. La norma giuridica I. Soggetti, Milano 1978, pp. 4 y ss.) cuya concreta verificación en la realidad, genera la consecuencia, mandato, mandamiento, efecto o resultado jurídico, ya en forma mecánica, inmediata, consecuente o refleja a su ocurrencia, constatación y coincidencia, ora previo cotejo y valoración del suceso (K. Engisch, Einführung in da juristische Denken, Suttgart, 1956, pp. 12 y ss., A. Falzea, Efficacia giuridica, EdD., XIV, Milano, 1965, p. 437). El efecto jurídico, por consiguiente, está supeditado o condicionado a la realización simétrica, exacta, plena e íntegra del supuesto de hecho normativo, o sea, a la concurrencia de todos los elementos descritos en la previsión hipotética del precepto, ‘causa de los efectos jurídicos’ (A. Cataudela, Fattispecie, EdD., XVI, Milano, 1967, p. 927), es posterior y consecuente (D. Rubino, La Fattispecie e gli effetti giuridici preliminari, Milano 1939, pp. 3 y ss.: ‘La dinámica del derecho rueda entre dos polos: los supuestos de hecho y los correspondientes efectos jurídicos. Apenas hay para qué recordar que por supuesto de hecho se entiende el conjunto de elementos necesarios para la producción de un efecto o conjunto de efectos’; R. Scognamiglio, Aspettativa di diritto, EdD., III, Milano, 1958, p. 226: ‘El derecho se resuelve en un sistema de mandamientos que determinan de modo necesario con relación a la ocurrencia del supuesto de hecho, el nacimiento de efectos jurídicos que corresponden más o menos plenamente a la valoración de la conciencia social’)*” (cas. civ. sentencia de 10 de agosto de 2010, exp. C-11001-3110-015-1994-04260-01).



En este contexto, la consecuencia *legis* presupone la ineludible verificación, constatación u ocurrencia de la hipótesis fáctica, sin la cual no se genera, y en el caso descrito, concierne a la falta de determinación del valor de las mercancías en la declaración inserta en el conocimiento de embarque (artículo 1644, C. de Co.).

El vocablo “*declaración*” (*declaratō, -ōnis*), es según el Diccionario de la Lengua Española, “[a]cción y efecto de declarar” (*declarāre*), “[m]anifestar, hacer público”, y manifestar, “[d]eclarar, dar a conocer”, “[d]escubrir, poner a la vista”, comporta a la expresión de un dato, a su conocimiento por cualquier medio idóneo directo, indirecto, expreso, tácito (*rectius*, conducta concluyente), oral o escrito, *verbis* o *rebus ipsis et factis*, inclusive a través del lenguaje articulado, signos, gestos, señas.

Insertar (de *Insertāre*), es incluir, contener, introducir, poner algo dentro, en cuyo caso, resulta imprescindible colocar, expresar, poner, dar a conocer en el conocimiento de embarque, el valor de las mercancías.

Dicha exigencia, tiene su premisa en la consideración elemental conforme a la cual el valor de las mercaderías sea conocido por el transportador, y este conocimiento e inserción para la Sala, se cumple, ya con la expresión literal del valor, ora con la mención en su texto de un documento que la contenga, que desde luego, por razones lógicas ineludibles se inserta e integra su contenido.



Menester iterar el significado prístino de la locución declaración que, igualmente puede ser “*tácita*”, por acto, hecho, conducta o comportamiento que impone una conclusión única, coherente, unívoca e inequívoca, ya por inferencia lógica compatible o deducción incompatible con un sentido o dirección distinta, *ad exemplum*, la venta de un bien de la herencia tiene un sentido de enajenación, pero si lo hace un “*heredero*”, se aúna el de aceptación de la herencia, también el pago de la renta tiene el sentido de cumplimiento, pero hecho vencido el contrato, opera la “*tácita reconducción*” (artículos 1287, 1288 y 2014 Código Civil.).

En el asunto litigioso, el marco fáctico concreto de circunstancias impone la conclusión clara, expresa, e inequívoca que el valor de las mercancías consta en la declaración inserta en el conocimiento de embarque, porque no otra explicación tiene la mención de los documentos que lo refieren.

Este aserto, también se soporta en claros principios rectores de los actos dispositivos, la buena fe, certeza, seguridad y regularidad del tráfico jurídico.

A dicho propósito, *"consistiendo el negocio jurídico y, más concretamente el contrato, en un acuerdo dispositivo de intereses, es elemental la “regulae”, “principiee” o “principia” de su utilidad y eficacia, en tanto sus autores lo celebran para el desarrollo de concreta función práctica o económica social y bajo el entendimiento recíproco de su utilidad y eficacia. Con esta inteligencia, el hermeneuta preferirá la interpretación más conveniente al efecto útil del acto respecto de aquél en que no lo produzca (Utile per inutile non viatiatur), tanto cuanto más por la relevancia abstracta*



del negocio, las cargas de la autonomía privada, en particular, las de legalidad, previsión, sagacidad, corrección, buena fe, probidad y el principio de cooperación negocial que imponen a las partes desde el iter negotti la carga de conocer, respetar y aplicar la disciplina normativa (ignoranti legis non excusat), evitar causas de irrelevancia e ineficacia y colaborar armónicamente en la integración y regularidad del acto. (...) La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto solo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil (cas. civ., sentencia de 28 de febrero de 2005, Exp. 7504)..."(cas.civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01).

En sentido análogo, la regla del artículo 1644 del Código de Comercio en cuanto a la inserción de la declaración de valor en el conocimiento de embarque para determinar la responsabilidad del transportador marítimo por las pérdidas o daños de las cosas objeto del contrato de transporte por mar, debe interpretarse e integrarse con los preceptos derivados del principio general de la buena fe, de acuerdo con las pautas establecidas en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

El contrato, antes que acto jurídico, responde a causas de contenido económico y social. Los particulares ejercen su autonomía privada para obtener la recíproca satisfacción de sus necesidades e intereses, y acuden al negocio jurídico con ese designio. Las partes de una estipulación se comprometen a una prestación, con el ánimo de cumplirla, so pena de responder por los perjuicios que pueda ocasionar su incumplimiento a la parte



contraria; de manera que cada una de las partes de la relación comercial está autorizada para confiar (*cum fides*) en que su contraparte honrará los deberes asumidos.

De tiempo atrás, la jurisprudencia ha sostenido: *“La expresión ‘buena fé’ (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobla en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátese de una lealtad (o buena fé) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente. En el sistema jurídico de los romanos es posible indicar estas dos condiciones generales de la buena fé, las que se encuentran también en nuestro Código Civil, según se verá después. Pero en todo caso, una estructuración total de este principio se debe a los juristas germanos, quienes han reemplazado dichos términos por los de Treu y Glauben Treu: nuestro deber de ser leales para con los demás; Glauben: nuestra creencia en la lealtad de los demás”* (cas. civ. sentencia de 23 de junio de 1958, G. J. LXXXVIII, p. 222 y ss.).

En el mismo sentido, la doctrina ha afirmado: *“El principio de la ‘buena fe’ significa que cada uno debe guardar ‘fidelidad’ a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella”* (Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Tomo I. Madrid, Revista de derecho privado, 1958, p. 142).

Desde esta perspectiva, cada uno de los contratantes, debe salvaguardar la confianza depositada por su contraparte y actuar con lealtad y corrección. En consecuencia, cada parte está

WNV. Exp. No.1100131030262000-04366-01



obligada, de buena fe, a desplegar todos los esfuerzos razonables para que no sólo ella, sino *también su contraparte*, alcance la finalidad perseguida con el negocio y reciba la utilidad esperada (Massimo BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3 – *Il contratto*. Milano, Giuffrè, 1998, p. 477).

Esta concepción objetiva de la buena fe entendida como *corrección*, que no se restringe a la conciencia subjetiva de obrar conforme a derecho, permea todo nuestro derecho privado, creando diversos deberes de diligencia y salvaguarda para las partes de toda relación contractual: *“Los contratos... obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”* (art. 871 del Código de Comercio, y en términos similares, art. 1603 del Código Civil). De esta forma quienes celebran un contrato están en la obligación de *“desplegar todo el esfuerzo apropiado según criterios de normalidad, empleando medios materiales, observando normas técnicas y jurídicas, adoptando cautelas adecuadas, entre otras”*, con el fin de alcanzar los objetivos propuestos en el negocio (BIANCA, op. cit., p. 478). En caso de incumplimiento, la responsabilidad de las partes se evaluará tomando en cuenta si cumplieron el deber de diligencia.

Aún mas, ha dicho la Corte que *“el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia. (...), las partes, contraen la*



carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa.” (cas.civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, exp. 2001-06915-01).

Los deberes de diligencia son más gravosos en relación con aquellos sujetos que desempeñan profesionalmente una actividad mercantil, como en el caso del armador en los contratos de transporte marítimo de mercaderías. Nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa les impone un régimen de responsabilidad particularmente gravoso frente a las pérdidas, menoscabos o retrasos en la ejecución de sus prestaciones (como se demuestra de la simple lectura de los artículos 1605 y siguientes del Código de Comercio, y casación de 12 de junio de 1990, G. J. CC, pp. 263 y ss.). Además, dada su experiencia y pericia sobre estos temas, la buena fe les exige que desplieguen un especial cuidado en la celebración y ejecución de los negocios que tienen que ver con su profesión. Por ello, al transportador a quien se encarga el traslado de una mercancía de un puerto a otro, cuando el conocimiento de embarque expedido con su firma, la de su representante o capitán de la nave, menciona *expressis verbis* documentos indicativos del valor de las mercancías y, que por lo mismo, según elementales pautas de lógica, sentido común y las reglas de experiencia, son parte integral de su contenido, no puede ignorar la declaración de valor así plasmada en el título. Y, desde luego, su responsabilidad, igualmente se tasaré teniendo en cuenta esta circunstancia, el deber de diligencia y buena fe.



Por consiguiente, el error de hecho del *ad quem*, es manifiesto, ostensible y trascendente, por no ver declarado el valor de las mercancías en el conocimiento de embarque con los documentos expresamente referidos que así lo indican so pretexto de reflejar otros negocios que ciertamente son autónomos, pero cuya mención e inserción en aquel no refería a éstos, ni a esas relaciones sino al transporte marítimo de mercancías bajo dicha concreta modalidad y, que integran su contenido por constar en éste. Tampoco en la hipótesis litigiosa la problemática atañe a los derechos incorporados en el título valor, a las acciones cambiarias derivadas del mismo, ni a la ejecución coactiva de sumas pecuniarias, sino a la relación jurídica contractual derivada del transporte marítimo de mercancías, y a la responsabilidad del transportador por las pérdidas o daños acaecidas durante su ejecución. Es decir, no se trata de proceso ejecutivo alguno, acción ejecutiva o cambiaria, ni devenida de la compraventa, menos de la factura cambiaria de compraventa.

Corolario de lo expuesto es la prosperidad de los cargos conjuntados por la indebida aplicación del artículo 1644 del Código de Comercio porque este precepto no está llamado a gobernar la situación en la medida que aplica cuando en el transporte marítimo bajo conocimiento de embarque no se declara el valor de las mercancías, o sea, no consta en la declaración inserta en el mismo, siendo que se consigna en documentos integrantes de su contenido como se dijo, lo cual impone casar la sentencia, y proferir la sustitutiva respectiva, a cuyo propósito, ex artículos 374, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil y 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente



por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, es suficiente la violación de una de las varias normas sustanciales señaladas por el censor como infringidas que hayan sido base esencial del fallo.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Los presupuestos procesales concurren en el proceso y no se observa causa alguna de invalidez.

2. La responsabilidad de la sociedad demandada en el *sub examine*, no está regida por el artículo 1031 del Código de Comercio, tampoco por el artículo 1644 sino por el artículo 1643 *ibídem*, porque el valor de las mercancías consta en la declaración inserta en el conocimiento de embarque y, por tanto, el monto de la reparación se remite a aquél, sin restringirse a la limitación pactada en la cláusula cuarta del conocimiento de embarque 6610014083, tanto cuanto más que no se formuló reserva alguna, por lo menos, no hay prueba de la misma, ni se acreditó un valor inferior.

Por esta inteligencia, no prosperan los argumentos propuestos en el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada, todos orientados con exclusividad a la revocatoria de los numerales tercero y cuarto de la sentencia para limitar la reparación al tope pactado en las cláusulas 4ª y 12ª del transporte (fls.5-15, cdno. 2), sin divergir a propósito de la ley aplicable, la responsabilidad declarada, ni los presupuestos de la acción ejercida por la aseguradora en virtud del pago del siniestro.



3. Frente a la apelación de la demandante, la Sala encuentra que el fallo de primera instancia negó las pretensiones 3.3 y 3.4 de la demanda, las cuales solicitan, respectivamente, la corrección monetaria y los intereses corrientes sobre los valores cancelados por Suramericana, por limitar el artículo 1096 del Código de Comercio el monto de la subrogación a los valores efectivamente pagados a título de indemnización.

No obstante, la Sala desde la sentencia casación de 18 de mayo de 2005, Exp. 0832-01, tiene dicho: *“...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 aísla 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”*. Por consiguiente, la corrección monetaria procede y se reconocerá, aplicando la siguiente fórmula:



$$VP = VA \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ inicial}}$$

VP = valor presente

VA= valor actualizado

4. Apelada la sentencia por las partes, el Tribunal, en la suya de 17 de octubre de 2008, revocó el numeral tercero de la parte resolutive, para en su lugar condenar al pago dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria de \$4.914.698,23 ya indexada más intereses corrientes a partir del vencimiento del plazo hasta el pago efectivo de la obligación, también revocó el numeral quinto y la confirmó en lo demás (fls. 29-50, cdno.2).

El valor declarado de las mercancías asciende a la suma de US \$662.853 (fls. 14 y 15, 220 y 231, cdno.1); el dictamen tasó el daño en pesos a 19 de mayo de 1999 al arribo de las mismas al puerto de destino, en un total de \$282.237.364, al cambio de entonces a US \$166.635.00. El valor al cual debe atenerse el transportador para la tasación del daño es el de las mercancías. Empero, ex artículo 1096 del Código de Comercio, el asegurador que ha pagado la indemnización se subroga *per ministerium legis* en los derechos del asegurado frente a los responsables del siniestro, sólo hasta concurrencia de la suma efectivamente pagada, y en éste caso, tras restar el deducible canceló a Ismocol de Colombia S.A. \$60'000.000,00, el día 16 de septiembre de 1999, y \$187'857.652,00, el 11 de febrero de 2000 (folios 108 a 114 del cuaderno principal), o sea, un total de \$247.857.652, al cual se limitará la subrogación. Efectuado el pago en dos contados y fechas distintas, la indexación, se hará



por su valor y actualizará con el índice del último mes completo (julio 31 de 2011, base diciembre de 2008 = 100%, índice empalmes 1994-2011), siguiendo las pautas de la jurisprudencia civil (cas. civ. sentencias de 7 de octubre de 1999, exp. 5002; 4 de septiembre de 2000, exp. 5260; 26 de febrero de 2004, exp. 7069 y de 5 de octubre de 2004, exp. 6975), así:

$$VP_1 = \$60'000.000,00 \times \frac{108.05 \text{ (IPC a julio 2011)}}{56.24 \text{ (IPC a septiembre 1999)}}$$

De donde $VP_1 = \$115.273.826,4580$.

$$VP_2 = \$187'857.652,00 \times \frac{108.05 \text{ (IPC a julio de 2011)}}{59.07 \text{ (IPC a febrero 2000)}}$$

De donde $VP_2 = \$ 343.626.532,9033$.

La suma de los dos valores indexados da un total de \$458.900.359,361 monto por el que se proferirá la condena contra la demandada Compañía Transportadora S. A., que pagará a la demandante dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia. Desde el vencimiento del plazo se reconocerán intereses corrientes hasta el pago efectivo de la obligación.

Al reconocerse corrección monetaria, la Sala denegará intereses corrientes sobre las sumas pagadas, pues *"no obstante la absoluta y elemental distinción entre los intereses y la corrección monetaria"*, ésta última que *"obedece a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, hecho estricto sensu económico, cuya pertinencia jurídica comporta a la exactitud, plenitud e integridad de la prestación debida,*



la cual debe pagar el deudor “bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación” (art. 1627 C.C.), comprendiendo el capital y “los intereses e indemnizaciones que se deban” (inc. 2 art. 1649 ib.), pues, “[e]l pago efectivo es la prestación de lo que se debe” (art. 1626 C.C.), tanto cuantitativa como cualitativamente, y por ende, presupone completa simetría en valor del dinero, incluido su ajuste correctivo “para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago” (Cas. Civ. sentencia de 30 de marzo de 1984, CLXXVI, 136) y también “en reconocimiento a los principios universales de equidad e igualdad de la justicia” (CLXXXIV, 25; CC 20; Cas. Civ. sentencias de 8 de junio de 1999, Exp. 5127; 9 de septiembre de 1999, Exp. 5005; 28 de junio de 2000, Exp. 5348)” (cas.civ. sentencia de 30 de agosto de 2010, exp. 11001-3103-008-1998-00081-01), tratándose del corriente, “la tasa de interés nominal comprende el costo del dinero, el riesgo de la operación y el índice de depreciación monetaria o inflación, esto es, no pueden acumularse en cuanto el cálculo de la tasa la contiene y no porque de suyo sean incompatibles, a diferencia de la tasa de interés real o interés puro, técnico o compensatorio del costo, precio o uso del dinero como el interés legal civil (C.C., art. 1617, num. 1º, inc. 2º, art. 2232, inc. 2º), que al no contener en su fórmula de cálculo la depreciación monetaria es acumulable con ésta” (cas. civ. 19 noviembre 2001, exp. 6094; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Sentencias del 7 de marzo de 1980, exp. 5322; 6 de agosto de 1987, exp. 3886; 10 de mayo de 2001 – exp. 12719; 17 de mayo de 2001, exp. 13635; 7 de marzo de 2002, exp. 25000-23-26-000-1995-1425-01 [17785])” (cas.civ. sentencia de 27 de agosto de 2007, [SC-084-2008], exp. 11001-3103-022-1997-14171-01).

5. Al prosperar la alzada de la parte demandante, la sentencia será revocada y se impondrán las costas de ambas instancias a la demandada (artículo 392, C. de P.C.).

Las agencias en derecho se liquidan conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura,



artículo 6º, I, Civil, Comercial, Agrario, Familia, 1.1. Proceso Ordinario, Segunda instancia, que prevé *“hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones confirmadas o revocadas total o parcialmente en la sentencia”*.

Aplicado el porcentaje (5%) al valor (\$458.900.359) arroja \$22.945.017,95, pero se fijan en \$20.000.000,00.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia de 17 de octubre de 2008, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Compañía Suramericana de Seguros S. A. contra Compañía Transportadora S. A., sin costas en casación por la prosperidad del recurso, y en sede de instancia, **RESUELVE:**

Primero: Confirmar la sentencia apelada proferida el 28 de noviembre de 2006 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá actuando en Descongestión del Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá, D.C., salvo en los numerales tercero y cuarto que se revocan.

Segundo: Condenar, en su lugar, como consecuencia de las declaraciones contenidas en los numerales primero y segundo de la providencia apelada, a la sociedad demandada Compañía Transportadora S.A. a pagar a la parte demandante Compañía Suramericana de Seguros S.A., la suma de



CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$458.900.359,00), moneda legal colombiana, que ya incluye la corrección monetaria a la fecha de esta sentencia, a título de indemnización de los daños causados a la mercancía amparada en los B/Ls números JAXS9H000220 (“madre”) y 6610014083 (“hijo”), dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Sobre la suma anterior y partir del vencimiento del mencionado plazo se reconocerán intereses corrientes hasta el pago total efectivo de la obligación.

Tercero: Negar la pretensión incoada en el numeral 3.4 de la demandada.

Cuarto: Condenar a la parte demandada en costas de primera y segunda instancia. La secretaría del Tribunal liquidará las costas de la segunda instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000,00) moneda legal colombiana.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Ausencia justificada



JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

Ausencia justificada

WILLIAM NAMÉN VARGAS

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ