



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC1043-2021

Radicación: 11001-31-03-015-2013-00056-01

Aprobado en Sala virtual de veintiocho de enero dos mil veintiuno

Bogotá, D. C., cinco (5) de abril de dos mil veintiuno
(2021)

Se decide el recurso de casación que interpusieron Seguros Generales Suramericana S.A., Seguros Colpatria S.A., Chartis Seguros Colombia S.A., Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A., Seguros Comerciales Seguros Bolívar S.A., Allianz Seguros S.A. y Auteco S.A.S., frente a la sentencia de 12 de junio de 2018, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso incoado por las recurrentes contra Frontier Agencia Marítima S.A., Frontier Agencia Marítima del Caribe S.A.S. y Thien & Heyenga Bereederungs – UND Befrachtungs.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El petitum.** El mandatario judicial especialmente constituido por Seguros Generales Suramericana S. A., quien, además, manifestó obrar como agente oficioso de las

restantes compañías aseguradoras y de Auteco S.A.S., solicitó declarar que esta última, la sociedad alemana y las importadoras aseguradas celebraron sendos contratos de transporte, los cuales incumplió la armadora al permitir el encallamiento del buque "Stadt Bremen".

En consecuencia, demanda indemnizar los perjuicios irrogados a las primeras como subrogatarias y a Auteco directamente por los mayores costos de la operación, consistentes en gastos de salvamento y avería gruesa, cancelados al ajustador internacional en cuantía total de USD \$459.937,53, reconociendo su equivalente a la tasa representativa del mercado a la fecha del pago.

En subsidio, declarar a la propietaria de la motonave directamente responsable de los perjuicios causados con la negligencia del capitán de la embarcación y, en solidaridad, por el obrar descuidado del piloto práctico, secuela de lo cual debía resarcir los señalados rubros.

Respecto de las agencias marítimas, declarar su responsabilidad solidaria en los términos del artículo 1492 del Código de Comercio e imponerles la misma condena.

1.2. **La causa petendi.** Las personas jurídicas Arclad S.A., Mariscos Atlantic S.A., Incolmos Yamaha S.A., Nalsani S.A., Alimentos Cárnicos S.A.S., Glormed de Colombia S.A., Muebles Jamar S.A., Quala S.A., Disrel S.A., Golosinas Trululú S.A., Casa de la Válvula S.A., Meico S.A., Bridgestone Firestone Colombiana S.A., Nestlé de Colombia

S.A., Procter & Gamble Colombia Ltda., Solla S.A., Antillana S.A. Lamitech S.A., Materiales Emo S.A., Continente S.A., Kalagas Ltda., Rawncos S.A., Yazaki Ciemel S.A., Auteco S.A.S. y Colombiana Kimberly Colpapel S.A., contrataron los servicios del armador del buque "Stadt Bremen" para portear las mercancías de cada una, por valor total de USD\$4.450.721,43, hasta el puerto de Barranquilla.

Algunas de las cargas se manejaron bajo contratos con otros buques y luego se transbordaron en la embarcación.

El acarreo de los efectos comerciales fue amparado por las compañías de seguros demandantes.

El 18 de noviembre de 2010, el buque encalló y sufrió varadura al ingresar al puerto de Barranquilla con la conducción del piloto práctico local contratado.

Acaecido el siniestro, el armador declaró la avería y procedió a procurar las operaciones de salvamento con la sociedad T & T Bisso Salvage Asia Pte Ltd.

Las actoras depositaron en moneda norteamericana el equivalente al 15% del valor de las cargas en las cuentas bancarias de la ajustadora alemana Groninger & Welke.

Realizada la liquidación definitiva de los gastos con los cuales cada uno de los importadores debía contribuir a la avería decretada, Auteco S.A.S. y las aseguradoras

cancelaron los valores individuales correspondientes, que agregados asciendían a USD\$459.937,53.

Frontier Agencia Marítima S.A. y Frontier Agencia Marítima del Caribe S.A.S. actuaron como agentes marítimos de la nave a su arribo al puerto de Barranquilla y se encargaron de las labores de descargue y representación.

La Dirección General Marítima – DIMAR-, a través de la Capitanía de Puerto, abrió una investigación por presuntas violaciones a normas de marina mercante.

Mediante escritos de 28 y 30 de noviembre de 2012, se efectuó requerimiento de pago a los representantes del armador con el fin de interrumpir la prescripción.

En la última fecha, los convocantes presentaron solicitud de conciliación prejudicial, fracasada según constancia de ausencia de acuerdo de 23 de enero de 2013.

1.3. **Los escritos de réplica.** Frontier Agencia Marítima del Caribe S.A.S. se opuso a las súplicas, argumentando que el contrato de transporte se cumplió; las acciones derivadas de este y de la avería gruesa prescribieron; por el mismo suceso se adelanta un juicio ante la DIMAR; las partes pactaron liberar de responsabilidad al armador; los contribuyentes a la avería no la objetaron; y el encallamiento fue producto de la imprevisible e irresistible presencia de corrientes causadas por una ola invernal y de la conducción del piloto práctico.

En esa dirección, formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de incumplimiento contractual, exoneración de responsabilidad, fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero, peligros del mar, falta de jurisdicción y competencia, pleito pendiente, cosa juzgada, contrariar actos propios y ausencia de solidaridad.

Frontier Agencia Marítima S.A. también resistió el *petitum* aduciendo falta de representación o agenciamiento del armador y extinción de los mecanismos judiciales como fundamento de sus excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.

La llamada en garantía, Mapfre Seguros Generales de Colombia, enfrentó las pretensiones acudiendo a la indebida representación de los demandantes, la prescripción de los instrumentos jurídicos, el cumplimiento de la operación de porte, la falla de Cormagdalena en el mantenimiento de los canales de ingreso al puerto de Barranquilla y del capitán del buque, amén de la excesiva pluviosidad que se registró en la época de los hechos.

En sentido similar se pronunció la convocada como garante, R&M Pilotos Ltda., adicionando la inexistencia de solidaridad con el armador de la nave.

1.4. **La sentencia de primera instancia.** El 16 de noviembre de 2017, el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción previa de prescripción y, en consecuencia, negó las pretensiones.

Lo anterior, por cuanto el término para instaurar la acción de incumplimiento del contrato de transporte fenecía dos años después de concluido el viaje marítimo, esto es, el 4 de diciembre de 2012.

Aunque la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por los demandantes suspendió el conteo de este lapso, finalmente se consumó el 27 de enero de 2013, un día antes de radicada la demanda.

1.5. **El fallo de segundo grado.** Confirmó la decisión, al resolver la alzada que interpusieron los convocantes.

2. LA SENTENCIA IMPUGNADA

2.1. En cuanto a la naturaleza de la acción entablada, el Tribunal consideró que pese a mencionar la demanda la figura del incumplimiento contractual, el conflicto se ubicaba en los terrenos de la avería gruesa.

Dicho mecanismo fue el único transmitido a las compañías de seguros, pues el pago realizado por ellas, cuyo recobro persiguen, derivaba de las contribuciones exigidas a sus aseguradas para las labores de salvamento en razón del siniestro de la motonave.

Por esto, dijo, la pendencia relativa a la insatisfacción de las obligaciones del porteador no se transfirió a las demandantes, careciendo de legitimación por activa en un reclamo de esa índole.

2.2. Seguidamente, el juzgador dejó sentado que la avería común contaba con un régimen particular y un término específico de prescripción, consagrado en el artículo 1528 del estatuto mercantil.

Conforme a esa norma, el juicio debía incoarse en el lapso de un año, contado desde la finalización del viaje, límite que feneció el 2 de diciembre de 2011, sin mediar hechos constitutivos de interrupción o de suspensión.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Los cinco cargos formulados por las recurrentes, demandantes en el litigio, y replicados por la otra parte, se fundaron en la violación de la ley sustancial. Los tres iniciales, rectamente, y los restantes, a raíz de la comisión de errores probatorios y de apreciación de la demanda.

La Corte analizará conjuntamente y, en primer lugar, los dos iniciales y el cuarto, porque fuera de mantener una vinculación argumental, enfrentan, desde distintos frentes, la consideración que de manera principal soportan la decisión impugnada, razón por la cual ameritan consideraciones comunes para su resolución.

A continuación, por guardar independencia de los que anteceden y entre sí, se ocupará de manera separada del cargo tercero y seguidamente del ataque quinto.

3.1. CARGO PRIMERO

3.1.1. Las recurrentes, atendiendo la vía escogida para denunciar la trasgresión normativa, la directa, cuestionan la falta de aplicación de los artículos 1030, 1514, 1516 y 1519 a 1525 del Código de Comercio, falencia que impidió al Tribunal concluir que la normatividad rectora de la avería gruesa no regulaba las acciones de repetición contra el responsable de los sucesos desencadenantes del siniestro, ni tampoco las declarativas de su responsabilidad, las cuales dimanaban del canon 1520 y prescribían en el término bienal consagrado en la regla 993, *ibídem*.

El plazo extintivo de un año previsto en el precepto 1528, en sentir de la censura, aplicaba únicamente a los reclamos naturalmente vinculados al gasto extraordinario en que debió incurrirse, más no, al incumplimiento de las obligaciones del transportador, a quien le competía responder de la avería de las cosas acarreadas.

3.1.2. La infracción condujo al juzgador a considerar aplicable el régimen prescriptivo de un instituto jurídico ajeno a la responsabilidad del armador derivada del contrato de porte.

3.2. CARGO SEGUNDO

3.2.1. Acusan las casacionitas la violación de los preceptos 993 y 1096 del estatuto de los comerciantes por indebida aplicación al litigio.

3.2.1.1. El juzgador interpretó de modo inadecuado y restrictivo la segunda de las normas en cita, desconociendo así injustificadamente el derecho de las aseguradoras demandantes de subrogarse en el instrumento residual establecido en el artículo 1520 *ejúsdem*, el cual, en criterio de las impugnantes, no es otro que el reclamo de incumplimiento contractual.

Precisan, la acción de responsabilidad contra el transportista, ejercida por el subrogatario, es una de las tantas "*indirectas*" referidas por el canon 993 de la Ley Comercial, y otorga a la Compañía de Seguros el derecho a obtener el importe pagado a título de indemnización.

3.2.1.2. Concluyen que equivocadamente circunscribió a un solo mecanismo -el originado en la avería gruesa-, la posibilidad de reclamar los valores asumidos por el asegurado, y desechó la opción de discutir la responsabilidad del porteador, en un litigio cuya prescripción es regida por la previsión previamente mencionada, cual se expuso en la acusación precedente.

3.3. CARGO CUARTO

3.3.1. Se imputa al Tribunal la comisión de error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de los supuestos fácticos y pretensiones de la demanda, por inobservar que la convocante Auteco S.A.S. no tiene la calidad de subrogataria, pues es importadora de una fracción de las mercancías transportadas.

Desacertó el juzgador, por tanto, al desconocer su legitimación para incoar la acción contractual, pese a tener la condición de parte en el convenio, así como la titularidad del derecho de demandar con base en el contrato de porte.

3.3.2. Advierte la censura, si bien la falencia puede no variar el resultado final de la *litis*, es notoria la utilización del fundamento jurídico incorrecto en la determinación reprochada, la cual, para identificar el plazo prescriptivo, debió soportarse en el artículo 993 del Código de Comercio.

3.4. CONSIDERACIONES

3.4.1. Los cargos inaugurales, encaminados por la causal primera de casación, reprochan el entendimiento equivocado del Tribunal sobre la naturaleza de la *litis*, como consecuencia de la inaplicación de las normas que gobiernan el asunto y la aplicación indebida de otros preceptos que no tenían incidencia alguna en el proceso.

El origen de la inconformidad radica en la subsunción del litigio en las disposiciones concernientes al instituto de la “avería gruesa”, pese a tratarse de una acción de responsabilidad contractual frente al armador, con fundamento en los mayores costos generados en el porte marítimo, debido al encallamiento del buque, o, en su defecto, una controversia relacionada con los actos de asistencia y salvamento ejecutados para reflotarlo.

3.4.2. La discusión en sede extraordinaria se centra, entonces, en definir el marco normativo regulador del conflicto sometido a composición de la jurisdicción, y a partir de éste resolver si el juzgador incurrió en la violación directa de preceptos sustanciales que se le atribuye.

En desarrollo de esa tarea, la Sala deberá despejar los interrogantes sobre la clase de acción judicial que debían promover los demandantes para recuperar el importe de las expensas asumidas luego de declararse la avería gruesa, en cuyo ejercicio se subrogaron las compañías aseguradoras, y el régimen prescriptivo que debía aplicar el sentenciador.

3.4.3. ***El transporte marítimo:***

3.4.3.1. Dentro de las operaciones de transporte, la ejecutada a través de mares y océanos, es la modalidad más utilizada en el comercio exterior. Tan solo en el año 2018, se trasladaron por medio náutico cerca de 11.000 millones de toneladas de carga destinada al intercambio mercantil¹.

Sus características de elevada capacidad de almacenaje, menor valor de fletes atendiendo las distancias alcanzadas, estabilidad de despachos, amplia cobertura de distribución a nivel global, diversidad de navíos disponibles y versatilidad para transportar diferentes tipos y tamaños de cargamento, explican la preferencia por este modo de movilización de mercancías.

¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. UNCTAD. Informe sobre el Transporte Marítimo, 2019.

3.4.3.2. Tratándose de traslados internacionales, lo primero es reparar en los convenios unimodales que han procurado su regulación, como las “Reglas de la Haya” (1924) y su Protocolo de Visby (1968), que dieron origen a las “Reglas de la Haya-Visby”², su protocolo adicional DEG (1979)³, la Convención de Hamburgo (1978)⁴ y las Reglas de Rotterdam o Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (2009).

El Estado colombiano no suscribió ni adhirió a ninguno de esos instrumentos, razón por la cual no hacen parte del ordenamiento jurídico.

Adicional a ello, el artículo 869 del Código de Comercio establece que “[l]a ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”, de allí que, concertado el convenio en otro país, será aplicable la normatividad interna, siempre que el cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas, deba tener lugar en el territorio nacional.

Por supuesto, ello no obsta, para aplicar instrumentos internacionales no ratificados por Colombia teniendo en cuenta el art. 7 del C. de Co., según el cual, cuando no puedan resolverse cuestiones mercantiles siguiendo las

² Aplicable al transporte de mercaderías bajo conocimiento de embarque.

³ Se recurrió a los derechos especiales de giro (DEG) como unidad de cuenta en la cuantificación de la responsabilidad del porteador.

⁴ Se utilizan para los transportes internacionales de mercancías, aún los no regidos por conocimiento de embarque.

pautas internas, entre otras, las previstas en las reglas 1 a 6 del C. de Co., podrá acudirse a aquéllos, prédica que igualmente puede realizarse respecto de la costumbre mercantil internacional que reúna los presupuestos exigidos por la ley colombiana.

3.4.3.3. La legislación mercantil no define el porte marítimo de mercaderías ni señala sus elementos configurantes, pero determina que podrá tener como objeto *“una carga total o parcial, o cosas singulares, y ejecutarse en nave determinada o indeterminada”* (art. 1597 C. Co.).

En varios de sus pronunciamientos, esta Corporación ha precisado que, en el referido contrato,

«(...) una de las partes se obliga con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro por mar, en embarcaciones (determinadas o indeterminadas) mayores o menores y en el plazo fijado, ciertas cosas o mercancías (carga total o parcial) y entregarlas al destinatario (arts. 1597, 1578, 931, y 1008 C. de Co). Para la ejecución de dicho contrato se prescribe, de una parte, que el remitente ponga oportunamente las cosas en el inmueble o bodegas respectivas (art. 1599 C. de Co.) apropiado y cuidadoso de ella (núm. 2° ibidem), y reciba la carga con la entrega de los documentos pertinentes (núm. 3° ibidem y s.s.), momento a partir del cual el transportador, por sí mismo o sus ayudantes o dependientes (art. 1605 del C. de Co.), concreta la obligación de responsabilidad (art. 982 y 1606 C. Co.) asumida de conducir sanas y salvas las cosas hasta su entrega debida (al destinatario, empresa estibadora, descargador o aduana del puerto) haciéndose responsable "de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que ella quede a su disposición", salvo la ocurrida en mora de retiro (arts. 1030 y s.s. C. Co.) o por causas legales (art. 1609 ibidem) o convencionales (art. 1612) de exoneración» (CSJ SC225-1988, 24 jun. 1988; en el mismo sentido CSJ SC 30 nov. 2004, rad. 0324 y CSJ SC 8 sep. 2011, rad. 2000-04366).

El transportista, además, debe cumplir las cargas especiales impuestas en el canon 1600, es decir:

“1) Limpiar y poner en estado adecuado para recibir la carga, las bodegas, cámaras de enfriamiento y frigoríficos y demás lugares de la nave en que se carguen las cosas;

“2) Proceder, en el tiempo estipulado o en el usual y de manera apropiada y cuidadosa, al cargue, estiba, conservación, transporte, custodia y descargue de las cosas transportadas, y

“3) Entregar al remitente, después de recibir a bordo las cosas, un documento o recibo firmado por el transportador o por su agente en el puerto de cargue, o por el capitán de la nave, que llevará constancia de haber sido cargadas dichas cosas, con las especificaciones de que tratan los ordinales 2o. a 7o. del artículo siguiente”.

3.4.3.4. El negocio jurídico *«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)»* (CSJ SC 8 sep. 2011, rad. 2000-04366).

Excepto la conducción de mercancías en naves menores, el contrato se prueba con el documento expedido por el transportista (art. 1578 C. 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)»* (CJS SC 25 may. 1990; CSJ SC 8 sep. 2011, rad. 04366).

3.4.3.5. La responsabilidad del porteador comprende sus hechos personales y los de sus agentes o dependientes

en cumplimiento de sus funciones (art. 1605 C. Co.) y “se inicia desde cuando recibe las cosas o se hace cargo de ellas y termina con su entrega a la orden de aquél a la empresa estibadora, o de quien deba descargarlas, o a la aduana del puerto” (art. 1606).

Si los efectos comerciales se reciben o dejan bajo aparejo, se le considera responsable a partir del momento en que “la grúa o pluma del buque toma la cosa para cargarla” y hasta que “sea descargada en el muelle del lugar de destino”, a menos que se coloque en otra nave o artefacto flotante, pues en ese caso, la obligación contractual cesa cuando la carga sobrepasa la borda del buque (*ibidem*).

Las precitadas disposiciones rigen también el acarreo de mercaderías “bajo conocimiento” en virtud de la remisión expresa contenida en la regla 1650, conforme a la cual son aplicables los cánones relativos al transporte de cosas en general por vía náutica, en cuanto no pugnen con las disposiciones de la siguiente sección.

3.4.3.6. La ley presume que la inejecución o ejecución defectuosa del contrato, deriva de un proceder u omisión culposa de quien explota económicamente la actividad comercial, de ahí que la exoneración del porteador se produzca únicamente en los eventos contemplados en el mandato 1609 mercantil: Culpas náuticas (del capitán, práctico o personal destinado a la navegación); incendio, salvo prueba de la culpa del transportador; peligros, daños o accidentes de mar o de aguas navegables; fuerza mayor;

cuarentenas, huelgas, paros o trabas impuestas al trabajo por cualquier causa; disminución de volumen o peso y de otra pérdida o daño que resulte de la naturaleza especial de la cosa, o de un vicio oculto de la nave; y, embalaje insuficiente, deficiencia o imperfección de las marcas.

Acorde con la jurisprudencia de esta Corporación,

El transportador que toma bajo su custodia la carga con el fin de conducirla por mar en buen estado, tiene que entregarla a destino como la recibió y en el tiempo pactado; en interés del cargador, del consignatario o, en su caso, del tenedor legítimo del conocimiento de embarque, se obliga a suministrar un determinado resultado, que de frustrarse, bien por la pérdida o el deterioro de la mercancía o ya por el retraso en la entrega, engendra en principio su responsabilidad patrimonial, habida consideración que en tales supuestos se contraviene el compromiso contractual por el porteador asumido y, entonces, ha de presumirse en falta para, en consecuencia, hacerlo sujeto pasivo de las respectivas prestaciones resarcitorias si no prueba con el rigor objetivo indispensable, la concurrencia de alguna de las causales eximentes, o riesgos exceptuados, que definen los artículos 1609 y 1619 del Código de Comercio", (CSJ SC218, 12 jun. 1990; el subrayado no es del texto).

Sin duda, está decantado que la desatención desencadenante de responsabilidad tiene origen en la infracción del débito prestacional contraído por el acarreador, teniendo en mente que su obligación no es de medios, como de modo invariable, lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte (CSJ SC225, 24 jun. 1988; CSJ SC 26 jun. 2003, rad. 5906; CSJ SC 1° jun. 2005, rad. 00666; CSJ SC 16 dic. 2010, rad. 00012; CSJ SC 1 jul. 2012, rad. 00055, CSJ SC13594, 6 oct. 2015, rad. -00105).

Sobre este tópico, la sentencia CSJ SC 1° jun. 2005, rad. 00666, destacó:

“(..) [L]a del transportador es una obligación de resultado, en la medida en que para cumplirla no le basta simplemente con poner toda su diligencia y cuidado en la conducción de las personas o las cosas, pues con arreglo a dicha preceptiva menester es que la realice en perfectas condiciones, de forma tal que solamente podría eximirse de ello demostrando la concurrencia de alguno de los acontecimientos que dependen de lo que se ha denominado una ‘causa extraña’, vale decir, aquellos en que, como sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, entre el hecho y el daño se ha roto el nexo causal, indispensable para la configuración de la responsabilidad, lo cual implica naturalmente que se adoptaron ‘todas las medidas razonables’ de un acarreador profesional para evitar el daño o su agravación”.

3.4.3.7. Cuando las partes concurren a la celebración del convenio lo hacen para satisfacer una finalidad o propósito económico, esto es, *“determinada y buscada modificación o alteración de la realidad existente con anterioridad al nacimiento de la relación obligatoria”* (CSJ SC SC 16 dic. 2010, 00012), de ahí que alcanzada esta, queda sin sustento cualquier reproche de incumplimiento.

Bajo una concepción finalista de los negocios jurídicos, puede afirmarse que si el acreedor de las prestaciones prometidas satisface el interés lícito que lo llevó a contratar, no le es posible endilgarle una desatención al otro pactante. Si, por el contrario, una de las partes priva a la otra de lo que tenía derecho a esperar en virtud del convenio, lesiona la finalidad perseguida por aquel.

En cada caso es necesario reparar en el objeto del negocio y, concretamente, en las obligaciones contraídas por los concertantes, a fin de determinar si el daño que alega uno de ellos surge del incumplimiento contractual del otro.

La infracción se traduce en la falta de realización del comportamiento prometido, su ejecución con retraso o el cumplimiento deficiente o apenas parcial, supuestos que menoscaban la utilidad procurada por el acreedor.

Para la doctrina, el anterior es un requisito objetivo *“cuya presencia o ausencia deberá verificarse comparando la conducta debida con la conducta ejecutada. Dicho de otra manera, se trata de homologar lo proyectado con lo realizado tras aquel objeto”*⁵, o de la disconformidad entre *“el programa prestacional entendido como proyecto de conducta esperable y lo actuado por el deudor a favor del acreedor, en la forma y oportunidad que el referido programa establece”*⁶.

3.4.3.8. De lo expuesto emerge con claridad que la obligación de transporte reviste un carácter complejo, pues envuelve distintas prestaciones, cuya observancia produce la satisfacción de la finalidad del contrato.

En esencia, estas son: i) traslado de las mercancías de un lugar a otro en las mismas condiciones en que fueron dispuestas por el cargador y en el plazo prefijado, o en ausencia de pacto, en el estimado razonable; ii) custodia y conservación de esos efectos comerciales; iii) entrega de las mercaderías en el puerto de destino y iv) garantía de navegabilidad de la embarcación.

⁵ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. p. 121 en: SALINAS UGARTE, Gastón. *Responsabilidad Civil Contractual*, T. I. Santiago, 2011 AbeledoPerrot, p. 270.

⁶ ALCALDE SILVA, Jaime. *La Causa de la Relación Obligatoria*, en op. cit., p. 270.

Al margen de este conjunto de deberes, ninguno otro tiene entidad para estructurar el incumplimiento del convenio en caso de desatención y, por ende, no genera responsabilidad contractual en el armador.

3.4.4. Uno de los errores *in iudicando* que las casacionistas enrostran al sentenciador en los cargos compendiados gravita sobre su negativa a enmarcar el litigio en las disposiciones legales relativas a la infracción de lo pactado en el contrato de transporte, que, a su juicio, se produjo con ocasión del mayor *coste* del transporte, surgido al momento de las labores de salvamento realizadas.

De las premisas expuestas hasta ahora se colige con facilidad que la de asunción de valores adicionales al flete o precio del acarreo, particularmente los correspondientes a las contribuciones reclamadas a los importadores para atender el pago de las labores de socorro y asistencia, no corresponden a ninguna de las hipótesis configurativas de desatención de las prestaciones a cargo del porteador.

Si la responsabilidad del transportista dimana -como ya se dijo- de la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones convencionales, no puede un supuesto completamente extraño a tales eventos, como lo es el apoyo económico destinado al salvataje en beneficio de las cargas transportadas, hacer surgir su deber resarcitorio.

Visto desde la perspectiva finalista antes enunciada, si las mercancías se entregan en el puerto de destino dentro

del término fijado o en el considerado razonable, y estas no sufren pérdida, daños, menoscabos, ni desperfectos materiales, el acreedor de la prestación de conducción satisface la finalidad para la cual contrató el servicio de traslado y, en consecuencia, ninguna inobservancia a sus obligaciones puede reprocharle al armador.

El incumplimiento es “*una situación antijurídica o contraria a derecho, que se presenta cuando el deudor se aparta u obra de manera distinta de lo que constituiría su proceder debido, implicado en la obligación a su cargo*”⁷. Los eventos que no encajen dentro de esta definición, desde luego, no son generadores de responsabilidad contractual.

Los montos asumidos por los importadores de la mercancía movilizada en la motonave Stadt Bremen, y amparados dentro de las pólizas de seguro contratadas por ellos, no hacen parte de la contraprestación directa del transporte, y tampoco constituyen un exceso en el *coste* de la operación de movilización de las mercaderías. Tales importes corresponden a una figura propia del derecho marítimo denominada “*avería gruesa*”.

3.4.5. **La avería gruesa o común**

3.4.5.1. Los orígenes de este instituto se remontan a la *Lex Rodhia de iactu*, que data del siglo IV A.C.⁸

⁷ TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Edit. La Ley, 2010, T. II, p. 73.

⁸ “Ley de Rodas sobre las mercancías lanzadas desde un barco”, creada en el año 475 A.C.

Los rodios, quienes, desde el archipiélago del Dodecaneso en Grecia, dominaron por siglos el comercio en el mar mediterráneo, elaboraron esta compilación normativa, considerada el primer código marítimo de la historia.

Luego de extenderse a Roma y Bizancio, fue incluida en el Digesto de Justiniano. Allí se disponía que “*si para aligerar la nave se hubiesen arrojado al mar unas mercancías, se resarcirá con la contribución de todos, el daño que en beneficio de todos se causó*”⁹.

La figura pasó del derecho romano a los sistemas de derecho marítimo durante la Edad Media y se introdujo en los códigos europeos y en el *Common Law* inglés.

No obstante, aludir la regla rodia a la “*echazón de mercaderías al mar*”, esto es, la acción de arrojar al agua la carga, parte de ella o algunos objetos de una embarcación cuando se requiere aligerarla, su aplicación se impuso a los gastos y daños ocasionados de manera voluntaria en pro del beneficio y utilidad de la expedición náutica, distribuyéndose solidariamente las pérdidas para la salvaguarda de la empresa común.

Entre las normas de derecho latino que consagraban un régimen de averías, se destacan la “*Ordinamenta Maris di Trani*” (1063), los “*Rôles d' Oléron*” (1160), las Siete

⁹ DIGESTO Tit. XIV, 2.1. en: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. La Avería Gruesa o Común. UNCTAD. 1991.

Partidas (1252-1284), el “*Llibre de Consolat de la Mar*” (1320-1330)¹⁰, las “*Supremas Leyes Marítimas de Wisby*” (1407), el *Guidon de La Mer* (1556-1584), “*L’ Ordonnance de la Marine d’août 1681*” y las Ordenanzas de Bilbao (1737).

En el sistema consuetudinario británico se produjeron variadas decisiones judiciales que demarcaron los límites de la figura. Fue célebre la decisión del Juez Lawrence de la Great Britain Court of King's Bench en el caso de *Birkley and Others vs. Presgrave* (1801), al definir que “*toda pérdida sufrida como consecuencia de un sacrificio extraordinario realizado, o bien los gastos en los que se incurriere para la preservación del navío y la carga, entran dentro de la categoría de Avería Gruesa, y deberán ser soportados proporcionalmente por todos los interesados. El Derecho Natural lo exige*”¹¹.

3.4.5.2. De acuerdo con la costumbre marítima, los conflictos respecto a la determinación, alcance y liquidación de la avería general debían resolverse con base en las leyes del puerto de destino.

Esto llevó a veredictos contradictorios que repercutieron en la afectación de los intereses comerciales de los navegantes, quienes unieron esfuerzos para propiciar el establecimiento de una regulación uniforme.

¹⁰ Su primera versión Valenciana se inspiró en las costumbres marítimas de Barcelona. Le siguieron las de 1345, 1407, 1436-1484 y 1502.

¹¹ VALENCIANO GÓNGORA, Luis C. *El desarrollo histórico – legislativo del instituto de avería gruesa en la lex marítima*. En: *Ius doctrina*, año 1, No. 2. Universidad de Costa Rica, 2014, p. 29.

Con ese objetivo, la "*National Association for the Promotion of Social Science*" de Gran Bretaña, convocó una Conferencia Internacional, que se celebró en Glasgow (septiembre de 1860), en la cual los intervinientes plantearon un proyecto de reglamentación.

El documento elaborado se sometió a estudio en el Tercer Congreso Internacional sobre Avería Gruesa celebrado en la ciudad de New York (1864). Allí fueron aprobadas once disposiciones nombradas las "*Reglas de York*", y la Asociación recomendó incluirlas en los conocimientos de embarque y pólizas de fletamento.

A estas pautas se adicionó otra directriz en la Conferencia de Amberes (1877), promovida por la "*Association for the Reform and Codification of the Law of Nations*", por lo cual, desde entonces se les conoció como "Reglas de York y Amberes" o "*York-Antwerp Rules*", que conformaban un conjunto de normas consuetudinarias, pues aunque no hacían parte de Tratados o Convenciones Internacionales, se impusieron en la regulación de la avería común por su implementación generalizada en los contratos de transporte y de seguro marítimos.

Este plexo normativo ha sido revisado y reformado en varias ocasiones:

- *Liverpool 1890*: Amplió la regulación a dieciocho reglas con situaciones concretas de avería gruesa bajo el sistema anglosajón. En 1903, se adicionó una norma sobre

la obligación de contribuir a la avería pese al origen culposo del hecho que lo motiva¹².

- *Estocolmo 1924*: Bajo el auspicio de la hasta ahora promotora de las revisiones, que en 1895 cambió su nombre por el de "*Internacional Law Association*", se celebró una conferencia donde se definieron siete principios generales, designados con las letras A, B, C, D, E, F y G, los cuales se aunaron a las disposiciones numéricas existentes, descriptivas de casos particulares;

- *Copenhague 1950*: Bajo la dirección del Comité Marítimo Internacional, se integró una pauta general de interpretación, conforme a la cual, las RYA se observaban con exclusión de cualquier disposición legal o práctica incompatible con el contenido de los parámetros, y en las situaciones no previstas en las reglas numeradas, se aplicarían las alfabéticas.

- *Hamburgo (1974)*: Integró como avería general los gastos de salvamento y excluyó los de manipulación de la carga en puertos de escala y simplificó la compensación de expensas por extinción de incendios.

- *Sidney (1994)*: Recogió los principios del "*Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo*" de 1989, suscrito en Londres, y añadió un canon "principal", denominado

¹² Regla D.

“*Rule Paramount*”, concerniente a la razonabilidad del sacrificio o del dispendio.

- *Vancouver 2004*: Modificó temas como gastos admisibles en puerto de refugio, reparaciones provisionales al buque, comisión por erogaciones, intereses sobre pérdidas, prescripción y remuneración por asistencia y salvamento;

- *New York 2016*: Es la última modificación. Recogió las temáticas reguladas en la versión precedente y procuró atender los reclamos que dieron lugar a que la regulación cayera en desuso.

El conjunto actual se integra por una regla de interpretación, una principal sobre la razonabilidad del sacrificio o del gasto, siete pautas generales (identificadas con letras) y veintitrés cánones de aplicación a hipótesis específicas (numeradas)¹³.

Aunque la mayoría de Estados han legislado sobre el instituto, dejan a la voluntad de las partes contractuales convenir la aplicación de estas reglas. De ahí que sea de común usanza en los conocimientos de embarque o “*Bill of Lading*”, el pacto de ajuste y liquidación de la avería gruesa conforme a sus previsiones, sin que constituyan una

¹³ RYA versión 2016. La regla XXIII sobre prescripción de las acciones dirigidas a reclamar la contribución para la avería común y las fianzas y garantías de ésta, se agregó en la revisión de 2004, disposición que podrá ser inválida en los países donde exista una “*regla obligatoria sobre limitación de tiempo contenida en cualquier ley aplicable*”.

reglamentación internacional uniforme debido a su falta de incorporación en tratados y convenciones multilaterales.

3.4.5.3. El artículo 1515 del estatuto mercantil colombiano deja claro el carácter supletivo de la normatividad legal en esta materia, al señalar que “[e]n defecto de convención especial entre las partes, las averías se regularán conforme a las disposiciones de este Código”.

Luego, si en la documentación del transporte se pacta que el alcance, ajuste y liquidación de la avería gruesa se gobernarán por las Reglas de York y Amberes, es ésta y no la codificación comercial, la regulación aplicable.

3.4.5.4. El legislador nacional identificó como clases de averías las siguientes:

“1) Todos los daños que sufra la nave durante la navegación o en puerto, o las mercancías desde el embarque hasta su desembarque, y

2) Todos los gastos extraordinarios e imprevistos que deban efectuarse en beneficio de la nave o de la carga, conjunta o separadamente (art. 1514 C. Co.).

Igual distinción se encuentra en la doctrina francesa. Capitant expuso que en el derecho marítimo se distingue entre las “averías – daños” y las “averías – gastos”. Las primeras comprenden los daños ocasionados al buque o a los efectos trasladados y las segundas corresponden a los

“gastos extraordinarios realizados respecto del buque o de las mercaderías transportadas, durante el viaje”¹⁴.

3.4.5.5. Atendida la clasificación señalada en el artículo 1516 del Código de Comercio, las averías son de dos clases: “particular” y “gruesa o común”.

La primera no representa daños o gastos compartidos entre los participantes de la aventura náutica y es sobrellevada únicamente por el dueño del bien que haya sufrido el daño. La segunda afecta a todos los interesados en el viaje, por tratarse de sacrificios realizados en provecho colectivo, y por esta razón la soportan los vinculados a la aventura marítima.

Las denominadas averías comunes corresponden a daños y expensas de carácter excepcional¹⁵, ejecutados intencionalmente, en una situación de riesgo, *“para el bien y la salvación común”*.¹⁶

Ripert explica que *“el término de averías gruesas no hace alusión a la importancia de las averías, sino que significa que deben ser soportadas por el gros¹⁷ del buque y del cargamento. El nombre de averías gruesas no indica que la avería deba afectar materialmente a la vez al buque y a la carga”*. Se traduce en que *“jurídicamente, cada uno de esos intereses debe soportar una*

¹⁴ CAPITANT, Henri. *Vocabulario Jurídico*. Traducción castellana de GUAGLIANONE, Aquiles Horacio, 8a reimpresión. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1981, p. 73.

¹⁵ No se incluyen los gastos en que habitualmente se incurre para la navegación, ni los menoscabos o desperfectos verificados en algunas mercancías, efectos de la tripulación o bienes a bordo durante el viaje.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ El conjunto de los interesados.

parte. Para hablar correctamente, podría tratarse de la contribución común a las averías".¹⁸

El Código de Comercio incorporó una definición similar a la contenida en la regla alfabética "A" de York y Amberes¹⁹, al establecer que "*s}olo existe acto de avería gruesa o común cuando intencional y razonablemente se hace un sacrificio extraordinario o se incurre en un gasto de la misma índole para la seguridad común, con el fin de preservar de un peligro los bienes comprometidos en la navegación*" (art. 1517).²⁰

Del enunciado que antecede se extraen las características o elementos constitutivos de la figura:

a) Voluntariedad: Tanto los menoscabos (avería -daño) como los desembolsos (avería – gasto), han de ser producto de un acto discrecional y reflexivo del capitán o de quien lo sustituya para el efecto, encaminado a salvaguardar o preservar la carga y la nave. Los hechos fortuitos no se incluyen en el concepto de avería común.

b) Razonabilidad del gasto o sacrificio: Debe efectuarse una prudente evaluación de la situación de peligro

¹⁸ RIPERT, G., *Droit maritime*, T. III, p. 178, en: BLAS SIMONE, Osvaldo. *Compendio de derecho de la navegación*. Buenos Aires, 1996, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 503.

¹⁹ En las distintas versiones de las RYA desde 1877 hasta la actual de 2016, la definición del instituto de "avería gruesa" no ha experimentado variaciones significativas.

²⁰ Regla A: "*Hay un acto de avería gruesa cuando, y solo cuando, cualquier sacrificio o gasto extraordinario se hace o se incurre en forma intencionada y razonable para la seguridad común con el propósito de preservar de peligro la propiedad involucrada en una aventura marítima común. Los sacrificios y gastos de avería gruesa serán sufragados por las distintas partes contribuyentes sobre la base que se indica más adelante*" (versión 1994). Recuperado de <https://comitemaritime.org/work/york-antwerp-rules-yar/>.

y la necesidad de adoptar medidas urgentes en el momento de declarar la avería.

c) Carácter extraordinario: Se exige excepcionalidad tanto en la expensa como en el menoscabo de las mercaderías. Si el acto es de aquellos que ordinariamente debe adoptar el porteador en cumplimiento de las obligaciones contraídas por virtud del contrato de transporte, no procede la contribución a la avería gruesa.

d) Existencia de un peligro grave: Esta es la justificación del sacrificio o del expendio. Debe ser real²¹, actual²² y común²³. Cuando es inevitable, no se genera la avería, pues ninguna medida excepcional servirá en su contra, ni la declaración reportará beneficio a los interesados en la navegación.

e) Resultado útil o finalidad común: El objetivo perseguido debe ser la seguridad común de los participantes en la travesía náutica.

f) Pluralidad de intereses implicados: A los titulares del buque, la carga y el flete (en algunos casos²⁴) los une la consecución de un beneficio compartido, cual es la superación del peligro que los amenaza.

²¹ Que no se trate de un juicio equivocado del capitán o de quien ejecuta el acto de avería común.

²² No puede ser remoto de manera que no genere efectos, ni tampoco inmediato y que por esa razón no pueda enfrentarse con el sacrificio o el gasto.

²³ Debe amenazar a todos los intereses involucrados en la aventura marítima.

²⁴ Cuando el flete se devenga con independencia de si el buque o la mercancía llegan o no a buen puerto, no constituye un capital contribuyente autónomo, porque el riesgo de su pérdida corre para el dueño de la carga y no para el porteador. En este caso, su valor se aúna con el de la carga.

3.4.5.6. Al tenor del artículo 1518 del Código de Comercio, “[l]os sacrificios y gastos de la avería gruesa estarán a cargo de los diversos intereses llamados a contribuir”²⁵. Y de acuerdo con el canon siguiente, solo se admitirán “los daños, pérdidas o gastos que sean su consecuencia directa”²⁶, incluidos las expensas generadas en la liquidación de la avería y los intereses de los dineros recibidos en préstamo por el capitán para superar el peligro.

El legislador impuso, además, que la obligación de contribuir a la avería subsiste, aún si el suceso que le dio origen “se haya debido a culpa de una de las partes interesadas en la navegación, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse contra ella” (art. 1520).

En análogo sentido, la Regla “D” de York y Amberes, con mínimas modificaciones desde 1974, alude a la subsistencia de la obligación de los intereses comprometidos en la expedición náutica, de contribuir aún si el acontecimiento que motiva el sacrificio o el gasto extraordinario es consecuencia de la culpa de una de las partes, hipótesis en la cual se preserva la posibilidad de ejercer acciones o medios de defensa frente al infractor por esa falta²⁷.

²⁵ Corresponde a la “Regla B” de York y Amberes hasta 1974, incluida en la “Regla A” a partir de la versión siguiente.

²⁶ Regla “C” RYA.

²⁷ La Regla “D” (versiones 1974 y 1994), indica que los derechos de contribución no se verán afectados, pero esto “no prejuzgará ningún recurso o defensa que pueda estar abierto contra o para esa parte con respecto a tal falta”. La de 2004 señala: “sin perjuicio de las acciones o medios de defensa que puedan afectar a dicha parte por tal falta”, y para los lineamientos aprobados en 2016, se recurre a una redacción similar a las iniciales. Recuperado de <https://comitemaritime.org/work/york-antwerp-rules-yar/>.

Un sector de la doctrina encuentra en este lineamiento, la consagración de un instrumento judicial de “repetición”, pues “[e]n la práctica, muchos hechos que derivan en avería gruesa pueden deberse a culpa del capitán (p. ej.: varadura por error en la navegación) o del mismo armador (p. ej.: innavegabilidad o vicio oculto del buque). Por efecto de la regla D, esa culpa del capitán no priva al armador-transportador de solicitar las respectivas contribuciones a los restantes contribuyentes (cargadores); sin perjuicio que éstos puedan luego repetir de aquél los importes que se vieran obligados a contribuir”²⁸.

Se ha explicado también que la reforma introducida en 1974, tuvo por objeto añadir a la palabra inglesa “remedies”, la de “defences”, modificación efectuada para aclarar que “la parte obligada a contribuir bajo esta regla, no solamente posee una acción de repetición contra el causante culpable de la situación de peligro, sino también el medio de defensa para oponerse al requerimiento que un culpable le hiciera en razón de un acto de avería gruesa”.²⁹

3.4.5.7. Tratándose de gastos extraordinarios realizados con el fin de preservar el buque y la carga de un peligro común, como aquellos en que se incurrió para poner a flote el buque Stadt Bremen después de su encallamiento, se impone la distribución de la pérdida a prorrata entre los intereses participantes en la navegación, de tal manera que

²⁸ BLAS SIMONE, Osvaldo. Ob. cit., p. 520.

²⁹ GARCÍA VALIÑAS, Mariana y ALDER, Martín. Derecho de la Navegación. Averías Gruesas. En: <https://www.legislaw.com.ar/doctri/averiasgruesas.htm>.

la parte o partes afectadas sean compensadas por todos, con una contribución proporcional a los bienes salvados.

La unión de *“los importes de los bienes sacrificados o de los gastos extraordinarios realizados constituye la masa acreedora en dicha operación, mientras que la masa contribuyente o deudora está formada por la suma de los valores de todos los bienes participantes en esa aventura”*³⁰.

Ripert denomina *“masse créancière”* al conjunto de créditos a reclamar y *“masse débitrice”* al activo de la comunidad navegante, la cual surge *“a partir del momento en que el cargamento es colocado a bordo del buque y permanece hasta el momento en que es descargado en su totalidad”*³¹.

3.4.5.8. En cuanto al procedimiento, lo usual es que, una vez declarada la avería gruesa, el transportista llama a una firma especializada para realizar el ajuste o liquidación, en la cual se determinarán los aportes, y posteriormente informará a cada uno de los comprometidos en la expedición, el valor de la contribución que le corresponde garantizar, ya sea en forma directa, a través del ajustador, o por conducto del agente marítimo.

En la legislación colombiana, el Código de Comercio establece en el canon 1523 que, en el ajuste o liquidación,

³⁰ BLAS SIMONE, Osvaldo. Compendio de derecho de la navegación. Buenos Aires, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 514.

³¹ RIPERT, G., *Droit maritime*, T. III, p. 279, en: BLAS SIMONE, Osvaldo. Ob. cit.

se atenderán los valores que tengan los intereses concernidos “*en la fecha y el puerto donde termina el viaje o aventura*”³², sin incluir los bienes de uso personal de la tripulación y los equipajes no registrados.

El monto proporcional en el cual cada interesado debe cooperar para la compensación de los bienes sacrificados, o a las expensas desembolsadas en el marco de la avería gruesa, se obtiene de dividir el importe total de la masa acreedora por el de la masa contribuyente, operación cuyo resultado es un cociente, que se multiplica por el número cien y por el valor de cada uno de los bienes participantes.

Con base en los cálculos provisionales efectuados, el armador reclama a los consignatarios de las mercaderías o a sus aseguradoras, el afianzamiento de los montos de cada una de las contribuciones exigibles, mediante la suscripción de compromisos de avería o “*average bond*”, también conocidas como “*cartas de garantía*”, cuyo otorgamiento es indispensable para liberar la carga y proceder a su entrega una vez se arribe al puerto de destino, pues dentro de las facultades del transportista se encuentra la de retenerlas³³, e incluso solicitar su venta en subasta (art. 1033 C Co.).

Los consignatarios de la carga o las compañías de seguros que los representan, procederán a la realización de

³² En el mismo sentido, Reglas “G” y “XVII” RYA.

³³ La avería gruesa constituye un privilegio marítimo que genera derecho de retención sobre las mercancías de los participantes en la expedición náutica a quienes se les imponga efectuar el depósito u ofrecer la garantía (arts. 1556 y 1566 C.Co.).

un depósito de dinero a una cuenta bancaria fijada para el efecto, o a la constitución de una garantía, dado que el procedimiento liquidatorio suele ser de larga duración.

Con la expedición de la “*General Average Guarantee*” por la compañía de seguros, se considera suministrado el respaldo necesario para el *quantum* que, al culminar el ajuste, se establezca a título de contribución.

Los aportantes pueden aceptar o rechazar las conclusiones del informe de ajuste. En caso de asentimiento, los depósitos serán liberados a favor de los beneficiarios y de las aseguradoras que expidieron el documento de “*General Average Guarantee*”, quienes deberán pagar el monto garantizado en éste.

3.5. Los razonamientos legales, doctrinarios y jurisprudenciales que preceden, permiten a la Sala concluir que el sentenciador de segunda instancia no incurrió en el yerro denunciado, respecto de la calificación jurídica de la controversia y la determinación de las normas aplicables a la resolución de la problemática planteada.

3.5.1. En el ámbito de la violación directa de la ley sustancial, la Corte «(...) *trabaja con los textos legales sustantivos únicamente, y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una u otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos*» (CSJ SC040, 25 abr. 2000, rad. 5212;

CSJ SC 20 ago. 2014, rad. 00307; CSJ SC2342-2018, 26 jun. 2018, rad. 2009-00013-01).

La discusión, por tanto, se restringe a elucidar polémicas respecto de la aplicación de los preceptos que crean, modifican o extinguen derechos subjetivos, en cuanto a su pertinencia frente a lo debatido en el litigio, y a su interpretación.

3.5.2. La inconformidad de la parte recurrente radica en la subsunción normativa de los siguientes hechos pacíficamente establecidos en el proceso: i) La motonave que movilizaba mercaderías de diversos importadores encalló a su ingreso al puerto de Barranquilla el día 18 de noviembre de 2010; ii) Por lo ocurrido, el capitán de la embarcación declaró la avería gruesa y contrató las labores de salvamento tendientes a reflotar el navío; iii) Para la definición de los aportes correspondientes, fue llamada una firma especializada en ajustes de ese tipo de sucesos; iv) Se requirió a las compañías aseguradoras e importadora demandantes, el otorgamiento de una garantía pecuniaria; y v) Los comprometidos en la navegación consignaron en la cuenta de la firma ajustadora el equivalente al 15% del valor de las cargas porteadas.

3.5.2.1. De acuerdo con la censura, el panorama fáctico descrito debía subsumirse en las disposiciones legales que rigen la responsabilidad del transportista, originada en los mayores costos dentro de la operación de transporte marítimo, en que incurrieron los titulares de la

carga al imponérseles el pago de los dineros utilizados para desencallar el buque.

Al inobservar lo descrito, el fallo cuestionado habría omitido la aplicación de los cánones 1030, 1514 y 1516 del compendio mercantil, conforme a los cuales el porteador responde de las averías, que según la clasificación establecida en las dos últimas previsiones pueden ser daños en la nave o el cargamento, o gastos imprevistos que deben efectuarse en beneficio de las mercancías o del barco, distinguiéndose también las averías particulares de las comunes.

3.5.2.1.1. En relación con el transporte de cosas, consagra el artículo 1030, *“[e]l transportador responderá de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que la recibe o ha debido hacerse cargo de ella. Esta responsabilidad solo cesará cuando la cosa sea entregada al destinatario o a la persona designada para recibirla, en el sitio convenido y conforme lo determina este código”* (se subraya).

La preanotada disposición hace parte de las previsiones referentes al “transporte de cosas” contenidas en el Capítulo III del Título IV del Código de Comercio, correspondiente al contrato de transporte, y delimita el ámbito temporal de responsabilidad del porteador, es decir define a partir de qué momento y hasta cuando responde contractualmente por los daños que sufran las mercancías.

No obstante, el convenio de porte marítimo está dotado de un sistema jurídico particular y autónomo, al cual debe remitirse para la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

Específicamente, la responsabilidad del transportador está sujeto, en palabras de la Sala *«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 normas generales sobre este convenio, esto es, los preceptos *«981 y ss.; 992, 999, 1008 a 1035, C. de Co.»*, se aplican al porte por vía náutica *«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.)»* (CSJ SC 8 sep. 2011, rad. 2000-04366-01).

Inclusive, tratándose de la subespecie de negocios bajo conocimiento de embarque, a la que pertenecen los discutidos en el proceso, las normas especiales gozan de preeminencia como así lo señala el canon 1008, y la integración normativa, si es necesaria, se satisface primeramente con las reglas del *“transporte de cosas por mar”*, según lo previsto en el canon 1650.

3.5.2.1.2. Sucede que, en lo atañadero al ámbito temporal de la responsabilidad del transportista marítimo, no existen lagunas o vacíos, porque el artículo 1606 se ocupa de fijar sus momentos inicial y final al preceptuar que ésta comenzará cuando reciba las cosas o asuma su custodia y terminará con la entrega al destinatario, la empresa estibadora, quien deba descargarlas o a la aduana portuaria, salvo si se entregan o reciben “*bajo aparejo*”, pues en ese supuesto, es responsable desde que “*la grúa o pluma del buque toma la cosa para cargarla*” e irá hasta su colocación en otra nave o artefacto flotante.

En ese orden de ideas, la regla 1030 comercial invocada por el recurrente, no disciplina la responsabilidad del porteador en el transporte por mar, y por tal razón, mal podría el Tribunal haberla transgredido directamente al dejar de aplicarla a la controversia.

3.5.2.1.3. Aún de pensarse que este precepto sería complementario de las disposiciones singulares rectoras del porte marítimo, se debe reparar en que la responsabilidad por la “*avería*” de la cosa transportada refiere a los menoscabos o daños que haya sufrido la mercancía durante el trayecto.

Tal conclusión emana de la interpretación sistemática de los artículos que integran el capítulo normativo donde se encuentra localizada la regla (1008 a 1035), pues su ingrediente común es la referencia a los bienes, elementos o mercaderías que el transportista se obliga a conducir de un

lugar a otro, de ahí que las situaciones descritas en cada una de las disposiciones se predicen de las cosas acarreadas, y no de los gastos o expensas que deban realizarse en beneficio de la aventura marítima o de algunos intereses comprometidos en ella.

Bajo esa perspectiva, la palabra “*avería*” en el canon 1030, y de igual modo en las restantes normas citadas, cumple una función diferente a la que tiene en las reglas 1514 y 1516, que también invocó el casacionista.

En el contexto en que se utiliza, designa al “*daño que padecen las mercaderías o géneros*”, el desperfecto “*que impide el funcionamiento de un aparato, instalación, vehículo, etc.*”, o aquel que “*por cualquier causa*” sufre la carga³⁴.

Esta acepción se identifica adicionalmente en los artículos 1028 y 1032, que al hablar de la “*pérdida parcial, saqueo o avería*” de la cosa transportada, reclama su notoriedad y apreciación “*a simple vista*”, y frente a la indemnización en caso de “*avería*”, usa esta expresión como sinónimo de “*daño*”, determinando que si torna inútiles los efectos movilizados, se equiparará a la pérdida de los mismos, pero si entre “*las cosas averiadas*” se encuentran algunas piezas ilesas, el destinatario, por regla general, está obligado a recibirlas; lo que ocurre también “*en los demás*

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. T. 2. Edit. Espasa, 2002, p. 173.

casos de daño o avería”, con la obligación del transportador de pagar el importe de la merma o detrimento.

Se concluye, entonces, que en el precepto 1030, el legislador no empleó el término “*avería*” para hacer referencia a la figura de la “*avería-gasto*” que consagran el numeral 2° del artículo 1514 y el canon 1516. Alude, en cambio, al deterioro físico de las mercancías en el período de responsabilidad del porteador.

3.5.2.2. Contrastada con el contenido del fallo, se exhibe carente de fundamento la acusación relativa a la falta de aplicación de las disposiciones precitadas, porque la ubicación de la controversia en el terreno de la *avería gruesa*³⁵, precisamente es resultado del entendimiento del Tribunal sobre la incidencia de las normas rectoras de esa figura en la resolución del asunto.

El sentenciador insistió en que, a pesar de la orientación que los promotores de la acción quisieron dar a su reclamo, el cuadro fáctico expuesto en la demanda respondía a la descripción legal de la anotada institución milenaria del derecho marítimo, de la cual resaltó el tratamiento particular otorgado por la ley y su régimen prescriptivo propio.

Tales consideraciones revelan que, contrario a la alegación contenida en el cargo primero, las normas que

³⁵ Minuto 53:37 del registro CD audiencia de alegaciones y fallo (fl.8, cno. 9).

definen el comentado instituto sí fueron aplicadas en la sentencia, y la subsunción del conflicto en ellas permitió al juzgador discriminar el tipo de avería configurada, estableciendo que pertenecía a la tipología de las averías – daños, particularmente a la primera indicada en el artículo 1516; ello, quiere decir que constituyeron base esencial de la decisión.

3.5.2.3. Reprocha el recurrente que el *ad quem* omitió analizar el precepto 1520 del Código de Comercio, el cual consagra un mecanismo judicial contra el responsable del hecho que dio origen a la avería común, diferente de los aludidos en el artículo 1528 *ibidem*.

Ese instrumento residual corresponde a una acción de responsabilidad derivada del contrato de transporte, fundada en que la negligencia del capitán de la embarcación llevó a la varadura de la nave, generándose la obligación de indemnizar los perjuicios consistentes en los “*gastos y contribuciones extraordinarias que le fueron impuestos por la declaratoria de avería*”³⁶, cuya prescripción se rige por el artículo 993 de la misma obra.

3.5.2.3.1. La inteligencia de la norma presuntamente infringida es contraria a la expuesta en la censura, porque en ese precepto el legislador, de manera análoga a las Reglas de York y Amberes³⁷, quiso mantener la obligación de los interesados en la navegación, de contribuir a la

³⁶ Folio 13, cuaderno de la Corte.

³⁷ Regla D.

avería gruesa, con independencia de que el suceso génesis del sacrificio extraordinario efectuado o del gasto de la misma categoría, fuera atribuible al obrar culposo de alguno de ellos, dejando a salvo la posibilidad de presentar reclamos judiciales en su contra.

Las acciones que allí quedan incluidas pueden ser de variada índole. Además de la encaminada a ejercer el “*derecho de repetición*” de los valores que se vieron obligados a aportar los involucrados en la aventura marítima frente al causante de la situación de peligro, se encuentran la de responsabilidad por el siniestro conforme a las competencias asignadas a la DIMAR³⁸ por el Decreto 2324 de 1984 y la de responsabilidad civil contractual siempre que exista incumplimiento del convenio de porte.

Luego, si los demandantes pretenden de la jurisdicción el reconocimiento de los valores que en su momento pagaron al ajustador internacional Groninger & Welke, como consecuencia de la liquidación efectuada por éste de las contribuciones a la avería común declarada por el capitán del buque, con posterioridad a las labores de salvamento que realizó la firma T&T Bisso Salvage Asia PTE LTD., en ningún desatino *iuris in iudicando* incurrió el juzgador acusado al enmarcar la contienda procesal en la institución de la avería gruesa.

³⁸ Dirección General Marítima.

3.5.2.3.2. Aunque el parte recurrente quiera presentar su reclamo como de naturaleza indemnizatoria, las contribuciones a la avería cuya recuperación persiguen en el juicio la importadora Auteco S.A.S. y compañías aseguradoras, no tienen su fuente en la responsabilidad del armador derivada de un obrar negligente del capitán o de la desatención de sus obligaciones.

Tiene origen en la relación, si se quiere solidaria, que la ley y las normas consuetudinarias desarrolladas en el derecho marítimo imponen entre los participantes de la expedición náutica, debido al interés de todos en la salvación común asechada por los peligros de la travesía, lo que hace necesario un sacrificio *pro omnibus*.

Con la claridad que se llega sobre que los aportes realizados por los comprometidos en la navegación no son identificables con los perjuicios causados por el desatención de un negocio jurídico, es lógico colegir que el derecho de repetición de los contribuyentes no culpables frente a quienes sí lo son, no se ejerce a través de la acción de incumplimiento del contrato de transporte, como lo alega el casacionista. El medio previsto en el canon 1520 es propio, autónomo y específico de la institución de la avería gruesa y está sujeto a la prescripción establecida en el artículo 1528.

Por consiguiente, las demandantes no son titulares de una acción de responsabilidad civil contractual frente al armador de la embarcación. La causa judicial que para ellas surgió con ocasión del encallamiento y los valores que

pagaron a título de contribución de la avería gruesa declarada por el capitán del navío, es la de repetición de ese concepto contra el responsable del hecho que dio origen a la situación de emergencia en el mar.

3.5.2.3. En lo que atañe a los preceptos 1519, 1521, 1522, 1524 y 1525 de la codificación comercial, el impugnante cae en contradicción en su ataque, pues a la vez que acusa su falta de aplicación, cuestiona que no fueron interpretados por el Tribunal en forma sistemática y lógica, planteamiento que de por sí, supone que sí se recurrió a ellos para fundamentar la sentencia.

En todo caso, ninguna de tales disposiciones tiene relevancia en este asunto y, por ende, si no se llamaron a integrar el conjunto normativo base de la decisión, o aun incorporándolas al sustento jurídico del pronunciamiento, no se interpretaron correctamente, ello, ninguna trascendencia reporta en la resolución del caso, porque los supuestos allí previstos no guardan relación con los extremos de la *litis* sobre los cuales debía proveerse.

Nótese, los aspectos referentes a la clase de daños, las pérdidas y gastos admisibles en avería gruesa, la carga de la prueba de quien solicita su inclusión, los valores que ingresan a la liquidación, la echazón al mar de cargamento no constitutiva de daño extraordinario y las deducciones procedentes sobre las reparaciones agregadas en el ajuste, no fueron discutidos en el juicio, y de ellos no se infiere, como adujo el impugnante, que la repetición de las

contribuciones a la avería no esté sometida al régimen de prescripción fijado en el artículo 1528 del Código de Comercio, que es, finalmente la conclusión confusamente criticada en este segmento de la impugnación.

3.5.2.4. La responsabilidad del transportista, como se precisó en otro apartado de estas consideraciones, deviene de la inejecución, ejecución defectuosa o realización tardía de sus obligaciones convencionales, prestaciones que le permiten a los contratantes satisfacer la finalidad para la cual concurrieron a la celebración del negocio jurídico.

En el *sub iudice*, el porteador ejecutó su obligación de conducir las mercancías desde los puertos de origen hasta los puertos de destino, en el estado en el que las recibió y dentro del plazo pactado, gestión con la que el acreedor obtuvo el resultado inmerso en el contrato y satisfizo el propósito querido con la operación de traslado, de ahí que el acuerdo de voluntades se cumplió a cabalidad, y si ello fue así, no surge deber resarcitorio para el armador.

La declaración de la avería gruesa por razón de los gastos extraordinarios que se decidieron realizar para atender el costo de las tareas de salvamento -insiste la Salano es constitutiva de incumplimiento del contrato de transporte marítimo.

Aun si el hecho que le dio origen obedece a la conducta negligente del capitán de la embarcación y del piloto práctico, la obligación de contribuir a la avería no

emana de su culpa en el encallamiento del buque, sino de la relación que se conforma entre los interesados en la navegación frente a los riesgos a los que están expuestos en la aventura náutica, como ya se explicó.

3.5.2.5. En lo atinente a la subrogación que consagra el artículo 1096 de la codificación comercial, no admite incertidumbre que, de manera análoga a la contemplada en el derecho civil, por cuyo efecto al acreedor subrogado se transmite inmodificada la deuda de la cual era titular el subrogante (art. 1666), una vez que la compañía de seguros realiza el pago de la indemnización, *ipso iure* sustituye al asegurado en el crédito que tenía contra el responsable de su pérdida patrimonial, en las mismas condiciones que ostentó en su posición como perjudicado directo.

3.5.2.5.1. El derecho así adquirido, como lo ha explicado la jurisprudencia, *«no sufre ninguna mella o alteración por migrar del asegurado a la entidad aseguradora (principio de identidad). Muy por el contrario, ese derecho permanece indeleble, al punto que los responsables del siniestro, como lo impera el artículo 1096 del Código de Comercio –en muestra de diciente acatamiento de la prenotada etiología y naturaleza–, podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado, es decir, no una defensa precaria o limitada por el hecho de ser su demandante el asegurador, sino una que tenga el talante que reclama el derecho litigado, sin miramiento a la persona que se presenta como su titular»* (CSJ SC 18 may. 2005, rad. 0832-01).

La identidad predicable del derecho subrogado -que es únicamente aquel que el asegurado podía ejercer contra quien dio lugar al hecho amparado en la póliza-, se hace extensiva a la acción a través de la cual se ejercitará, es decir, el instrumento judicial cuya titularidad se radica en el asegurador por efecto de la subrogación, es el mismo que tenía a su alcance el asegurado.

Este es un efecto propio del instituto de la subrogación, que aparece explícito en el artículo 1670 del Código Civil, del que se sirve la consagración de la figura en la legislación mercantil. Allí se establece que, con independencia de su origen -convencional o legal- *“traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda”*, pero como tuvo oportunidad de puntualizarlo la Corte y lo atendió el Tribunal en este caso, *«no tiene la virtud de radicar en cabeza del tercero (subrogatario), acciones que el anterior acreedor no detentaba»* (CSJ SC17494, 14 ene. 2015, rad. 00144).

3.5.2.5.2. Las acciones judiciales que por razón del pago realizado por el asegurador se le transfieren, amén de ser aquellas que tutelan el derecho que pretende ejercerse, están sujetas a las mismas limitaciones que para ellas tenía el asegurado, entre éstas la de su plazo extintivo.

Con ese raciocinio obró el sentenciador al determinar que el término de prescripción al cual está sometida la

causa judicial, es el especial que consagra el artículo 1528 de la compilación en comento para los litigios relacionados con la avería gruesa, a cuyo tenor las acciones derivadas de este instituto “*prescribirán en el lapso de un año, contado a partir de la fecha en que termine el viaje*”.

3.5.2.5.3. Ningún yerro *in iudicando* encuentra la Sala en esa consideración, pues si la controversia gravita, como ya se dijo, sobre el derecho de repetición de los valores pagados por concepto de las contribuciones a la avería gruesa, impuestas a las cargas en razón de su interés en la seguridad de la navegación, la acción que los cargadores transfirieron a las compañías aseguradoras emana de ese instituto del derecho marítimo.

Acertó, en consecuencia, el juzgador al omitir la aplicación del precepto que instituye un periodo bienal para acudir a la jurisdicción a través de las acciones “*directas o indirectas provenientes del contrato de transporte*” (art. 993 C. Co.), porque ciertamente esa norma no regula la problemática debatida en el proceso.

En consecuencia, son infundadas las acusaciones de interpretación restrictiva de los cánones 993 y 1096 del estatuto mercantil que endilgó la censura en el cargo segundo de la impugnación³⁹, pues las reflexiones jurídicas contenidas en el fallo acerca de la subrogación y la

³⁹ Aunque la acusación equipara los disímiles conceptos de aplicación indebida e interpretación errónea de las normas sustanciales, se interpreta en el sentido indicado por ser el que acompasa con los fundamentos que le sirven de base.

prescripción a que está sometida la herramienta judicial que adelantaron los integrantes del extremo recurrente, se avienen al genuino sentido de esas normas y al régimen legal en que debía insertarse el asunto llevado a juicio.

El Tribunal, por lo tanto, no cercenó el derecho de las compañías aseguradoras de subrogarse en el recobro de los dineros que cancelaron al internacional Groninger & Welke, ni desconoció su legitimación en la causa derivada del pago, que dio lugar a la subrogación prevista en el artículo 1096, pero como el litigio no encuadra dentro de la acción de responsabilidad contractual, pese a que así quisieron verlo los demandantes, es evidente que la prescripción no se gobierna por la regla del contrato de transporte.

3.5.2.5.4. Si bien, para las aseguradoras, el pago de la prestación originada en el convenio de seguro, determina su legitimación por activa en la causa judicial que legalmente corresponda y la medida del derecho que pueden reclamar, en el *sub exámine*, éste no dimana del incumplimiento del porteador en sus obligaciones.

Surge, como se estableció en esta motiva, de los compromisos que le son exigibles a todos los involucrados en la expedición por el hecho de aventurarse a un periplo en el que se deben enfrentar los numerosos y variados peligros del mar, obligaciones que les imponen la ley y las estipulaciones consignadas en el negocio jurídico de porte.

3.5.2.6. En el cargo cuarto, alegó la parte recurrente la comisión de error de hecho en la apreciación de la demanda al desconocer que la accionante Auteco S.A.S. no se subrogó en los derechos de otro y su legitimidad para obrar deviene de ser titular de una parte de la carga transportada por ser su importadora.

Es conocido que cuando se formula el enunciado yerro, es indispensable para su prosperidad, que el defecto amén de manifiesto, haya tenido trascendencia, pues según doctrina decantada de la Corte *«si -pese a demostrarse su existencia, desde una perspectiva ontológica- no se establece y esclarece su incidencia en el fallo impugnado, se tornaría frustránea la acusación»*.

Lo dicho porque *«de no influir el error -de manera determinante- en lo dispositivo de la sentencia, su reconocimiento ningún efecto práctico, amén de lógico, produciría, porque así no se hubiera incurrido en él, invariablemente el sentido de la decisión habría sido el mismo, pues, la prosperidad de esta causal de casación demanda que los yerros denunciados -y demostrados- por el casacionista, deben “guardar relación directa de causalidad con la sentencia que se combate, al punto que, de no haber incurrido en ellos, la decisión habría sido diametralmente opuesta»* (CSJ SC77, 23, jun. 2000; CSJ SC 15 ago. 2001, rad. 6219; en sentido similar CSJ SC065-2004, 23 jul. 2004, rad. 7806; CSJ SC6907-2014, 3 jun. 2014, rad. 2004-00218-01 y CSJ SC2342-2018, 26 jun. 2018, rad. 2009-00013-01, entre otros).

3.5.2.7. Aplicadas las enunciadas premisas, encuentra la Sala que el Tribunal se equivocó al considerar, a partir del libelo introductor de la *litis*, que todos los demandantes derivaban su derecho de los titulares de las mercaderías, soslayando que Auteco S.A.S. ostentaba una condición diferente, pues obra como importadora y, por ende, parte directamente implicada en el convenio de transporte.

Ese yerro, sin embargo, no es trascendente, porque como lo acepta el casacionista⁴⁰, así su acción no dependa de la subrogación, sí tiene origen en la institución de la avería gruesa, pues -se itera- la pretensión económica que tanto ella como las demás promotoras pretenden alcanzar en el juicio, no dimana del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el transportador como generador de responsabilidad contractual.

Nace de la ley y la concertación entre los interesados en el buen suceso de la travesía, de tomar las medidas necesarias para salvaguardar la carga de un peligro común, así como de soportar, en conjunto, sus consecuencias.

Significa que, con independencia de si el sujeto que persigue el recobro o reintegro de la contribución a la avería común es asegurador de las mercancías o su importador como en el caso de Auteco S.A.S., la acción es de aquellas que derivan de ese instituto, cuyo término prescriptivo lo establece el artículo 1528 del Código de Comercio.

⁴⁰ Folio 27, cuaderno de la Corte.

No quiere decir que la sociedad importadora, en su condición de contratante, no tenga legitimidad para reclamar por lo ocurrido a su contraparte convencional, como se cuestiona en la acusación⁴¹. Cuanto sucede es, su posición de cargador en el convenio de transporte no lo autoriza para cambiar la fuente del derecho que pretende le sea reconocido.

3.5.2.8. La comisión del mencionado error de apreciación de la demanda no repercute en la resolución del conflicto ni arrasa con los fundamentos del fallo, pues a pesar suyo, la decisión adoptada en la sentencia se muestra acorde a la normatividad legal, y el juzgador aplicó al caso los preceptos llamados a regir la controversia, conforme a los cuales las aspiraciones de Auteco S.A.S. y de los otros demandantes son coincidentes, porque su reclamo hunde raíces en la comentada institución del derecho marítimo y por ello, deben recibir el mismo trato en la sede judicial.

3.5.3. Por las razones que se dejan consignadas, los cargos conjuntados no prosperan.

3.6. CARGO TERCERO

3.6.1. El extremo impugnante sumó a la lista de trasgredidos, los artículos 1528 y 1554 del Código de Comercio; 10, 32 y 2545 del estatuto civil y 11 del

⁴¹ Folio 26, cuaderno de la Corte.

ordenamiento general adjetivo, como secuela de la indebida aplicación del primero y la inaplicación de los restantes.

Se reprocha a la corporación sentenciadora considerar que a la acción dirigida a reclamar las expensas de salvamento le era aplicable la prescripción anual consagrada en el primer precepto en lugar de la bienal establecida en el segundo, norma especial para el caso.

3.6.2. Adicionalmente, por soslayar el principio de interpretación previsto en los primigenios artículos del Código Civil y el perteneciente a la compilación procesal, en concordancia con la disposición reguladora de las prescripciones de corto tiempo a que están sujetos los mecanismos judiciales de naturaleza especial.

En concreto, en el cargo se censura al Tribunal por desatender su deber de interpretar la ley instrumental a fin de otorgar prevalencia al derecho sustancial de reclamar las expensas asumidas por el rubro de salvamento, dentro del plazo más garantista entre aquellos concurrentes, el de la avería gruesa y el de la asistencia post – siniestro, dispuesto por demás en norma que, por ser posterior, tiene preferencia sobre su predecesora.

De hacer operar en la controversia el periodo extintivo del canon 1554 comercial, el *ad quem* habría tenido que asumir el análisis de figuras como la suspensión y la interrupción del término, en las cuales se soportó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

3.6.3. La posición exteriorizada por el fallador reprimió la posibilidad de dilucidar a nivel probatorio aspectos relevantes para la contienda como el “*dies a quo*” de la prescripción, el tiempo de finalización de las labores de salvamento y la determinación de los montos solicitados por este concepto y por avería gruesa, de necesario estudio si la decisión hubiera ordenado la continuidad del proceso, en lugar de ratificar la sentencia anticipada objeto de la alzada.

En consecuencia, “*se dejaron de observar las siguientes pruebas solicitadas en la demanda*”:

- Oficio dirigido a la sociedad Groninger & Welke para que certificara e informara las circunstancias del ajuste realizado en la operación de salvataje.
- Oficio con destino a la compañía Hudson Ltda. pidiéndole explicar los pagos correspondientes a ese rubro y al de la avería declarada.
- Traducciones de los documentos aportados en idioma extranjero.

3.6.4. Concluye la censura la necesidad de agotar todas las etapas del juicio, a fin de proferir un veredicto de fondo, que resuelva sobre las diversas previsiones legales e instituciones jurídicas vinculadas a la controversia.

3.7. CONSIDERACIONES

3.7.1. **De la asistencia y el salvamento:**

3.7.1.1. En sus inicios, estas figuras hicieron parte del *ius naufragi*, tan antiguo como la misma navegación. Presentada una emergencia en el mar, la embarcación que estuviera en condiciones de acercarse concurría al rescate del naufragio, pero el salvador tenía derecho a quedarse con parte de los bienes del propietario del navío zozobrado.

Con la abolición del *ius naufragi*, se impuso la obligación de socorrer a los náufragos, labor que sería compensada con una retribución, la cual sustituyó a la propiedad sobre los restos del naufragio que antes se reconocía a favor de los salvadores.

3.7.1.2. La Convención de Bruselas de 1910, respecto de la unificación de ciertas reglas en materia de asistencia y de salvamentos marítimos, introdujo el concepto de "*remuneración equitativa*" como contraprestación de los actos de auxilio o salvamento que tuvieran un resultado útil, siempre que la nave socorrida aceptara la ayuda.

Además, asignó a los capitanes de todas las embarcaciones el deber de socorrer a cualquier persona que se encontrara en peligro de perderse aun si era enemiga, siempre que no comprometiera la seguridad de su tripulación, el buque o los pasajeros.

En cuanto al valor de la remuneración, determinó que no podía ser superior a los bienes salvados y en su

estimación debían atenderse el éxito de la labor, los peligros corridos por el salvador, sus esfuerzos, el tiempo empleado, los bienes expuestos por él, los gastos y daños sufridos, y el valor de las cosas salvadas, entre otros criterios.

3.7.1.3. El convenio Internacional sobre salvamento marítimo aprobado el en Londres el 28 de abril de 1989⁴², extendió la protección derivada de las labores de socorro a los buques de guerra de propiedad del Estado o con inmunidad y a las plataformas fijas o flotantes.

Adicional a la remuneración reconoce una compensación especial cuando el salvador evita que se ocasionen daños al medio ambiente derivados de la situación de emergencia.

3.7.1.4. En la legislación patria, el artículo 1501 del Estatuto Mercantil, impuso al capitán de toda embarcación, el deber de “[e]mplear todos los medios a su alcance para salvar la nave, cuando en el curso del viaje ocurran eventos que la pongan en peligro...” y para lograrlo podrá contratar el salvamento con autorización del armador (núm. 8).

Asimismo, el precepto 1553, en seguimiento de la orientación brindada por la Convención de Bruselas de 1910, obliga a los capitanes de los navíos a prestar asistencia a cualquier nave no enemiga, o a las personas que siéndolo se encuentren en riesgo de perecer, so pena de

⁴² Colombia no adhirió a este instrumento internacional, como tampoco lo hizo a la Convención de Bruselas de 1910.

las sanciones previstas en los reglamentos o en el Código Penal, con la misma salvedad que introdujo la Convención de Bruselas, esto es, la de no poner en peligro la nave, tripulación o pasajeros del buque asistente.

3.7.1.5. De acuerdo con el canon 1545 de la codificación en comento, todo acto de asistencia o de salvamento cuyo resultado haya sido útil, dará lugar a una remuneración equitativa.

La ley entiende por asistencia el auxilio que una nave le preste a otra que se encuentre en peligro de pérdida, y como salvamento la ayuda prestada “*una vez ocurrido el siniestro*” (parágrafo artículo 1545 C. Co.).

El encallamiento o varadura de las embarcaciones es uno de los accidentes o siniestros marítimos que contempla la tipología contenida en el artículo 26 del Decreto-Ley 2324 de 1984 y en la Resolución MSC.255(84) aprobada el 16 de mayo de 2008 por la Organización Marítima Internacional (núm. 2.9.5.)⁴³, en consonancia con el artículo 1513 del estatuto mercantil, que para definirlos recurre a la ley, los tratados, convenios y la costumbre internacional o nacional.

3.7.1.6. Las labores de socorro o ayuda en el agua dentro de las cuales se enmarcan, están directamente relacionadas con los riesgos del mar que enlista el artículo 1705 del código mercantil como anejos a la navegación o

⁴³ Código de normas internacionales y prácticas recomendadas para la investigación de los aspectos de seguridad de siniestros y sucesos marítimos.

incidentales a ella: *“tempestad, naufragio, encallamiento, abordaje, explosión, incendio, saqueo, piratería, guerra, captura, embargo, detención por orden de gobiernos o autoridades, echazón, baratería”* u otros similares.

La naturaleza del salvamento es la de ser un estipendio extraordinario que se causa en presencia de un peligro real y actual que amenaza a la totalidad de la comunidad navegante, el cual debe conjurarse a través de operaciones que procuren la seguridad de la aventura marina, razón por la cual se les admite dentro de la categoría de avería – gasto.

3.7.1.7. En esa dirección apuntaba la Regla VI de York y Amberes en sus versiones 1974 y 1994, al indicar que *“[l]os gastos en que hayan incurrido las partes comprometidas en la aventura a causa de una asistencia o salvamento mediante contrato u otra forma, serán admitidos en avería gruesa en la medida en que dichas operaciones tengan por objeto preservar de un peligro a los bienes comprometidos en una expedición marítima”*⁴⁴.

La reglamentación de 2004, limitó su reconocimiento dentro de las averías comunes al abono total o parcial por uno de los involucrados en la navegación y comprometido *“en la asistencia o salvamento”*, de *“la proporción adeudada por otra de las partes implicadas”*, si se calculó atendiendo los valores salvados y no los intereses contribuyentes, en

⁴⁴ Recuperado de https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/posddlegd3_es.pdf y <http://www.jssusa.com/assets/Uploads/GA-papers/YAR04Esp.pdf>.

tanto la reforma de 2016, lo admite como avería si su propósito es la preservación de la propiedad involucrada en la expedición y se cumplen los criterios allí fijados⁴⁵.

Las pautas a que se hace mención refieren a la admisibilidad del salvamento como gasto extraordinario constitutivo de avería común, si:

i) Surge de un accidente subsecuente u otras circunstancias que deriven en pérdidas o daños a la propiedad y existan diferencias entre lo salvado y los valores contributivos.

ii) Los sacrificios de la avería general son significativos.

iii) Los valores salvados son manifiestamente incorrectos y se presenta un error en el prorrateo de los gastos de salvamento.

iv) Alguna de las partes pagó una sustancial proporción del salvamento adeudado por otra.

v) Una fracción considerable de los interesados en la navegación atendieron la reclamación de salvamento en términos diferentes, sin tener en cuenta los intereses, la corrección monetaria o la legalidad de los costos del salvador o del interés contribuyente.

⁴⁵ Recuperado de <https://comitemaritime.org/work/york-antwerp-rules-yar/>.

vi) Los gastos de salvamento que incluyan la remuneración de los esfuerzos de los salvadores para prevenir o minimizar daños al medio ambiente conforme al Convenio internacional sobre salvamento marítimo (1989).

vii) No se tendrá en cuenta como avería común, la compensación especial pagadera a un salvador por el propietario del buque en virtud del artículo 14 del citado convenio, si excede de cualquier recompensa que el salvador tenga derecho a exigir, y no se considerará gasto de salvamento.

3.7.1.8. En cuanto al régimen prescriptivo, el artículo 1554 del estatuto mercantil fija el término de dos años, contados a partir de la culminación de las labores de socorro, para ejercitar judicialmente los derechos consagrados en el Título VII del Libro Quinto de esa obra.

Las relaciones sustanciales a las que hace referencia el precepto son las existentes entre asistentes, salvadores, tripulaciones y remolcadores de un lado, y de otro, los armadores, cargadores y otros beneficiados por la asistencia y el salvamento.

Se trata de las reclamaciones encaminadas a obtener la remuneración por el auxilio prestado, el reembolso de los gastos sufridos por el asistente o el salvador y el pago de los servicios excepcionales prestados por el remolcador que no puedan considerarse integrados en la ejecución del contrato de remolque.

También el resarcimiento de los daños causados por el capitán que se negó a prestar asistencia a otra nave no enemiga o a una persona en riesgo de fallecimiento en el agua, si se encontraba en condiciones de auxiliarlas, y la indemnización de los perjuicios ocasionados por éste cuando al asistir a una embarcación diferente, puso en grave peligro la dirigida por él, su tripulación o pasajeros y de ello se derivaron menoscabos a éstos.

3.7.2. De acuerdo con la argumentación expuesta en el cargo, el sentenciador habría cometido un error de selección normativa entre dos disposiciones: la rectora de la prescripción de las acciones vinculadas a la avería común (art. 1528 C. Co.) que aplicó en la sentencia impugnada, y la que regula la misma materia cuando se trata de operaciones de asistencia y salvamento (art. 1554 *ibidem*), que estima aplicable en el asunto por tratarse de una norma posterior dentro del estatuto de comercio, y porque consagra un lapso más amplio para acceder a la administración de justicia.

Como consecuencia de ese yerro *iuris in iudicando*, le endilga al Tribunal inobservar unas pruebas solicitados en la demanda, referentes al ajuste de la avería, los pagos realizados por ese concepto y por las operaciones de socorro posteriores al siniestro, además de unas traducciones de documentos expedidos en idioma extranjero.

3.7.2.1. La denuncia de la violación directa de las disposiciones jurídicas enunciadas parte de que el

recurrente no discrepa de lo concluido en el terreno probatorio. Su discusión queda confinada a la elección, aplicación y alcance de los preceptos que regulan los hechos fijados por el Tribunal a través de los medios de convicción.

Lo anterior explica la razón por la cual el artículo 344 numeral 2º, literal a) del Código General de Proceso, prevé que cuando se denuncia la transgresión directa de las normas jurídicas que crean, modifican o extinguen derechos subjetivos, las acusaciones no pueden “*comprender ni extenderse a la materia probatoria*”.

3.7.2.2. De ahí que incurre en deficiencia técnica el ataque cuando a la vez que recrimina al juzgador por la directa violación de unas normas en razón de su indebida aplicación al litigio y por la falta de aplicación de otras, reprocha aspectos probatorios como la ausencia de demostración del inicio del término prescriptivo, la fecha en la cual finalizaron las operaciones de salvamento, los montos reclamados por concepto de avería gruesa y aquellos que corresponden al salvataje, como consecuencia de haberse dejado de apreciar algunas probanzas solicitadas en la demanda.

Ante la notoria confusión, la Sala interpreta el cargo otorgando prevalencia al cuestionamiento que aparece como principal, vinculado a la transgresión directa de los preceptos que se invocan.

3.7.2.3. Mirada la alegación desde esa óptica y para dar respuesta al reproche, basta reseñar que la repetición de lo pagado por concepto de *“gastos de salvamento”*, no está comprendida dentro de los derechos consagrados en el Título VII de la primera parte del Libro V del Código de Comercio.

No puede confundirse, además, con las controversias similares que se rigen por esos mandatos, como la fijación judicial de la retribución a que da lugar el salvamento cuando su resultado es útil, mecanismo que no protege al cargador que debe asumir una parte de esa retribución, sino al salvador que se pone en riesgo a si mismo e incluso a su nave, tripulación y pasajeros para auxiliar a otros.

3.7.2.4. Si bien algunas pólizas de transporte marítimo reconocen los *“gastos de salvamento”* a manera de riesgo adicional al de sacrificios para la avería común (art. 1758 C. Co.), también hacen parte de esta última cuando, como se anotó en líneas precedentes, de forma extraordinaria se incurre en estas expensas para la seguridad común de la expedición náutica, *“con el fin de preservar de un peligro los bienes comprometidos en la navegación”*.

Esto último ocurrió en la emergencia que experimentó el Buque Stadt Bremen, el 18 de noviembre de 2010, al encallar cuando se aproximaba al puerto de Barranquilla, pues el capitán determinó que la medida a adoptar para superar la situación sin daño al casco ni a las mercaderías, era la contratación de labores de salvamento, cuyos costos

se incluyeron en el ajuste de la avería gruesa, por corresponder a una expensa causada en beneficio de todos los interesados en el feliz arribo de la motonave a su destino.

En consecuencia, a la recuperación de los gastos de salvamento incorporados a la liquidación de la avería gruesa, le es aplicable en materia de prescripción, el artículo 1528 del Código de Comercio y no el canon 1554.

3.7.3. El cargo, por lo discurrido, no se abre paso.

3.8. CARGO QUINTO

3.8.1. Reconviene al sentenciador por la violación indirecta de normas sustanciales debido a yerro de facto al apreciar la demanda y algunas de las pruebas aportadas:

3.8.1.1. Pretermitió el fallo emitido el 27 de febrero de 2013 por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, en donde se condenó al capitán de la motonave Stadt Bremen y al piloto práctico responsables del encallamiento de la nave.

3.8.1.2. No ordenó oficiar a la Dirección General Marítima – DIMAR, para que remitiera la decisión de segunda instancia que debía proferir dicho organismo.

3.8.1.3. Igualmente, *“omitió pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias elevadas por la parte*

demandante"⁴⁶, en las que solicitaron declarar directamente responsable al transportador por la culpa del capitán de la embarcación y solidariamente por la del piloto práctico, en los sucesos que dieron lugar al encallamiento del buque.

Secuela de lo anotado, se equivocó el Tribunal al radicar la fuente del pedimento suplementario en la avería gruesa, cuando deviene de la solidaridad ordenada por la ley y de las obligaciones contraídas en el contrato.

3.8.2. La responsabilidad endilgada al armador tiene sustento en la regla 1605 del Estatuto Civil y en los artículos 1478 y 1479 del Código de Comercio, normas que el Tribunal dejó de aplicar en el asunto de marras, como lo hizo con el artículo 993 de la misma obra.

3.9. CONSIDERACIONES

3.9.1. El error de hecho -tiene aceptado la jurisprudencia- proviene de una de las siguientes hipótesis: *«a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad si existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que si existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento...»* (CSJ SC, 10 Ago 1999, Rad. 4979; CSJ SC, 15 Sep 1998, Rad. 4886; CSJ SC, 21 Oct 2003, Rad. 7486; CSJ SC, 18 Sep 2009, Rad. 00406).

⁴⁶ Folio 28, cuaderno de la Corte.

3.9.2. La doctrina jurisprudencial de esta Corporación ha sido enfática en resaltar que los jueces de instancia gozan de una discreta autonomía en lo atinente a la ponderación de los diferentes medios persuasivos incorporados al proceso, principio que consagra el artículo 230 de la Constitución Política.

En virtud de esta premisa 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 en sede casacional fundado en la presencia de yerros de *facto* (CSJ SC, 9 Dic. 2011, Rad. 1992-05900).

3.9.3. Sentado lo que antecede, por ameritarlo, igualmente resulta necesario dejar claro que el recurso de casación es de naturaleza exceptiva y dispositiva.

Lo primero, significa que responde a causales previstas por el legislador y se estructura en las correspondientes hipótesis normativas; y lo segundo, que la demanda presentada para sustentarlo constituye el marco de actuación de la Corte, razón por la cual no le es permitido replantear acusaciones mal formuladas, suplir deficiencias o superar inconsistencias, salvo cuando se trate de la casación oficiosa o de la selección positiva de ciertas sentencias, por lo mismo, en los casos y en la forma

dispuesta en el ordenamiento (artículos 344, *in fine*, del Código General del Proceso, y 7° de la Ley 1285 de 2009).

De ahí, bajo la premisa de que el juzgador no desatinó, lo decidido ingresa al recurso extraordinario cobijado por la doble presunción de legalidad y acierto, y esto, precisamente, es lo que el casacionista, asido de las causales legales, debe desvirtuar; y la Corte, por su parte, resolver dentro del estricto marco que le ha sido propuesto.

3.9.4. Cuanto hace a la preterición de la prueba documental referenciada, esto es la determinación emitida por la Capitanía del puerto de destino, ésta no se estructura, por cuanto el juzgador se hallaba exento de pronunciarse sobre ese medio probatorio en la medida en que éste servía de fundamento a las pretensiones formuladas en la demanda y la defensa que prosperó tenía por efecto desestimarlas.

3.9.4.1. Si se está en presencia de la extinción de la acción judicial por hallarse cumplido el término prescriptivo fijado en la ley para ella, carece de sentido y sería contrario a la lógica, proceder a la valoración de las probanzas recaudadas en el juicio que versan sobre aspectos diferentes de la especie litigiosa.

La determinación de responsabilidad del capitán del buque y del piloto práctico en el siniestro marítimo por obrar de manera imprudente en el ataque de la máquina, nada aportan frente al punto discutido de la prescripción y

por ello era innecesaria su mención y apreciación en la sentencia.

3.9.4.2. Ahora, como nada dijo el recurrente frente a la consideración fáctica del Tribunal sobre el transcurso de un año entre la terminación del viaje y la presentación de la demanda, aquella permanece incólume y, por lo tanto, presta firme apoyo a la determinación adoptada.

3.9.5. En lo que atañe a la orden de oficiar a la Dirección General Marítima a fin de obtener una copia del veredicto de segunda instancia proferido por ese órgano, tal alegación no es de recibo, puesto que no refiere a algún error que, en el tema probatorio, pueda cometer el *ad quem*, pues no se trata de un elemento persuasivo que, pese a su existencia en el proceso, es dejado de apreciar o se valora parcialmente, cercenando su contenido objetivo, y ello conduce a declarar acreditado un hecho o a no hacerlo.

La inconformidad de la censura desconoce, adicionalmente, que era su potestad solicitar la práctica de la prueba dentro del término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación, si se encontraba en alguno de los supuestos consagrados en el canon 327 del Código General del Proceso, oportunidad de la que no hizo uso, y ahora pretende subsanar aduciendo un inexistente error de hecho en la apreciación de los medios de convicción.

3.9.6. Finalmente, la protesta alusiva a la omisión de pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias de la

demanda, que, según la parte recurrente, se soportaban en la solidaridad que la ley comercial instituyó entre el armador y el capitán de la nave y en las obligaciones contraídas en el contrato de porte, tampoco tiene vocación de bienandanza, porque atendido el carácter dispositivo del recurso de casación, no le es posible a la Corte replantear una acusación erróneamente trazada para enmendar su formulación.

Recuérdese que de acuerdo con el artículo 336 del compendio general adjetivo “[l]a Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante”.

3.9.6.1. El supuesto de la alegación no es susceptible de estudiarse por el cauce del segundo motivo de impugnación extraordinaria, pues se trata de un vicio de actividad del juzgador y no de juicio o entendimiento, que el legislador consagró en el numeral 3° de la disposición precitada, a cuyo tenor es causal alegable “[n]o estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio” (se subraya).

De modo que, si el sentenciador deja de pronunciarse sobre alguno de los extremos de la litis, se habilita recurrir a la sede de la Corte, invocándose la causal tercera y no otra diferente.

4. Conclusión

El recurso en su contexto deviene frágil e infundado, en compendio, porque: (i) el problema no era de incumplimiento del contrato de transporte marítimo, pues con independencia de las vicisitudes del viaje, las mercaderías arribaron sanas y salvas. (ii) El conflicto surgió de la relación de solidaridad entre los empresarios o dueños de las mercancías porteadas, pero por lo gastos derivados del encallamiento de la nave y de su salvamento, y no por otra cosa. Los gastos, por tanto, no podían imputarse al precio del transporte, entendido como mayor valor por dicho concepto. De ahí que la prescripción no abrevaba en el transporte de las mercancías, sino en la obligación de solidaridad antes dicha, que es algo totalmente distinto. (iii) Del mismo modo, el litigio no versó sobre si hubo o no salvamento de la nave, menos, entre quienes concurren a hacerlo, que no fueron los empresarios transportadores, pues únicamente concurren a sus gastos, que es también una cuestión totalmente diferente.

5. De todo lo expuesto se infiere, el Tribunal no cometió los errores denunciados en el recurso y, por consiguiente, no hay lugar a casar la sentencia impugnada

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la

Ley, **no casa** la sentencia de 12 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso incoado por Seguros Generales Suramericana S.A., Seguros Colpatria S.A., Chartis Seguros Colombia S.A., Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A., Seguros Comerciales Seguros Bolívar S.A., Allianz Seguros S.A. y Auteco S.A.S., contra Frontier Agencia Marítima S.A., Frontier Agencia Marítima del Caribe S.A.S. y Thien & Heyenga Bereederungs – UND Befrachtungs.

Las costas en casación corren a cargo de la parte demandante recurrente. En la liquidación, inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta que los opositores en el recurso replicaron todos los cargos.

Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

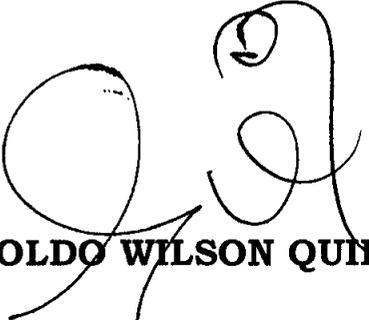


FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



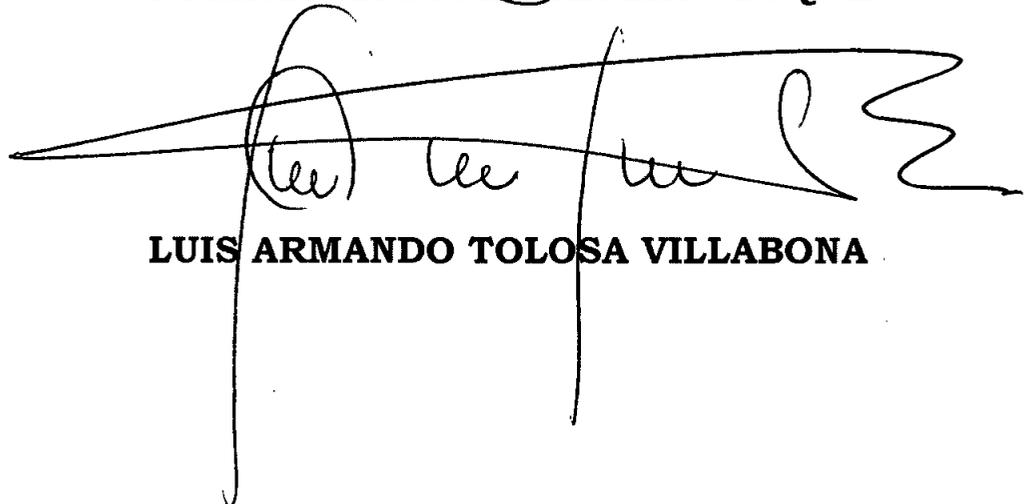
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA