

TRIBUNAL SUPERIOR – SALA DE DECISION.

DR. HORACIO MONTOYA GIL:

- Ex-Magistrado Tribunal Superior de Medellín*
- Magistrado Corte Suprema de Justicia*
- Profesor de Procedimientos Mercantiles UPB*
- Autor de Obra sobre “Concordato y Quiebras”*

Medellín, Octubre veintitrés (23) de mil novecientos setenta y nueve (1.979).

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandada contra la sentencia que puso término a la primera instancia de este proceso ordinario de mayor cuantía promovido por LUIS CARLOS GRANDA PEREZ frente a TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA., ENKA DE COLOMBIA S. A. y COMPAÑIA TRANSPORTADORA S. A. ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín.

Estando agotada la tramitación correspondiente a este grado de jurisdicción es del caso resolver acerca del mérito del recurso y a ello procede la Sala con fundamento en los antecedentes y consideraciones que consignará enseguida.

ANTECEDENTES

I. Como constitutivos de la **causa petendi**, el mandatario judicial del actor expuso los hechos que el Tribunal resume así:

a) LUIS CARLOS GRANDA contrató el día 23 de Febrero de 1976 con el señor HERNANDO SALAZAR, representante de "TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA." en Cartagena, el acarreo en un camión de su propiedad de un cargamento de 10 toneladas de Dimetil Tereftalato (D. M. T.). Los destinatarios de esa mercancía eran las Empresas ENKA DE COLOMBIA S. A. y POLIMEROS COLOMBIANOS S. A. para sus plantas de Girardota e Itagüí, respectivamente.

b) TRANSPORTES BOTERO SOTO

& CIA. LTDA. entregó al señor Granda la "orden de cargue" y en compañía del señor José Antonio Ballestas, empleado de la empresa transportadora, se dirigió al Terminal Marítimo y en la Bodega 2 cargó su vehículo con la mercancía a transportar; mas, cuando se disponía a salir de dicho Terminal, fue retenido junto con el señor Ballestas, lo mismo que su camión y la mercancía, por presunto contrabando.

c) El señor Luis Carlos Granda estuvo detenido por cuenta del Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena por el término de cuatro días y su camión retenido durante siete meses, en el Almacén de Depósito del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas de esa misma ciudad. Al ponerlo en libertad, el Juzgado le impuso la obligación de presentarse cada mes, razón por la cual tuvo que trasladarse de Medellín a Cartagena por 10 ocasiones.

d) A causa de la inmovilización y la sal del mar, el vehículo del señor Granda sufrió serios daños en la carpa, llantas, neumáticos, protectores, carburador, caja, motor, transmisión, latas en general y carrocería, por lo cual requirió reparaciones por valor superior a los \$ 100.000.00.

e) Durante el tiempo de la retención del vehículo y mientras permaneció en el taller para reparaciones, su dueño dejó de percibir \$ 250.000.00 que representa el lucro cesante.

f) No obstante que en el proceso penal al cual fue vinculado el señor Granda resultó exonerado de toda culpa, tal hecho le causó serios perjuicios morales, tanto subjetivos como objetivos.

II. Con fundamento en los anteriores hechos y lo previsto en los artículos 981, 982, 989, 1.011 y concordantes del Código de Comercio, el señor LUIS CARLOS GRANDA PEREZ dedujo como pretensiones las siguientes: a) Que la Sociedad TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA. es responsable por el incumplimiento del contrato con ella celebrado el 23 de Febrero de 1976 y que, en consecuencia, se la condene a pagarle la suma de \$ 461.000.00 por concepto de daños materiales, es decir, daño emergente y lucro cesante y la cantidad de \$ 100.000.00 por concepto de daños morales, o las cantidades que se llegasen a demostrar en el curso del proceso. Igualmente solicitó condenación en costas.

III. Aceptado el libelo y comunicada su admisión a la Compañía demandada, ésta, por conducto de su representante legal, le dió respuesta oponiéndose a las pretensiones del actor. En cuanto a los hechos, aceptó que en verdad fue celebrado con el señor Granda el contrato de que habla el libelo pero con la aclaración de que en cuanto al cargamento que debía transportar para Polímeros de Colombia, al encomendarle su transporte, le entregó toda la documentación indispensable como carta de porte, manifiesto de aduana, lo que no ocurrió con la mercancía de Enka de Colombia que sólo entregó a la Compañía la carta de porte. Además, dice, ha de tenerse en cuenta que como transportador no tenía la obligación de verificar si se habían satisfecho previamente todas las exigencias de las Autoridades Aduaneras, de Policía o Higiene, etc., como que, conforme lo prevenido por el artículo 1.011 del Código de Comercio, tales verificaciones incumben al expedidor, en este caso a Enka de Colombia S. A.

La "orden de cargue" expedida al demandante

en razón de las cartas de porte entregadas por instrucción de los propietarios de los cargamentos, dice asimismo la demandada, no envuelven en sí mismas la orden de entrega.

Lo sucedido en esa ocasión al demandante y a un empleado suyo que lo acompañaba, agrega la opositora, se debió a un acto de autoridad, concretamente del Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena, lo cual constituye fuerza mayor liberatoria en términos del artículo 1o. de la Ley 95 de 1.890. "Si las autoridades aduaneras no consideraron completa la información, o si cometieron excesos y de ellos se derivaron consecuencias económicas, será el Estado quien deba satisfacer los perjuicios al demandante, pues de esos actos de autoridad se desprende fuerza mayor y caso fortuito".

Con fundamento en los anteriores planteamientos de réplica, la Sociedad demandada alegó como excepciones de mérito, las que denominó FUERZA MAYOR o CASO FORTUITO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION y la GENERICA.

IV. La Compañía TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA. no se limitó a replicar y oponerse a las pretensiones del señor LUIS CARLOS GRANDA PEREZ sino que, en la oportunidad prevista para ello y con fundamento en lo establecido por el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, LLAMO EN GARANTIA a la expedidora de la mercancía retenida por la Aduana de Cartagena y cuya conducción le encomendara, ENKA DE COLOMBIA S. A.

Como fundamento de tal llamamiento expuso, en síntesis, la demandada: su representante en la ciudad de Cartagena, HERNANDO SALAZAR, contrató el acarreo hasta la planta de

Girardota con OSCAR MEJIA, empleado de la remitente y destinataria y con MANUEL MORALES, representante de la COMPAÑIA TRANSPORTADORA S. A., Agente de Aduanas de tal Firma en dicho puerto. Así se obligó a transportar un PALLET que contenía 857 kilos de D. M. T. Estos le entregaron la carta de porte y por causa o razón de ella expidieron al Señor Luis Carlos Granda la "orden de cargue", pues ellos la instruyeron de que tenían autorización del señor JAIME GUERRA, Almacenista General de Puertos de Colombia para retirar el mencionado Pallet. Que conjuntamente con esa mercancía para Enka fue retenido otro lote de mercancía que estaba destinado a POLIMEROS COLOMBIANOS pero para ésta se obtuvo sobreseimiento definitivo, no así en lo que toca al "pallet" de Enka de Colombia.

De lo dicho, concluye la llamante, le asiste pleno derecho a ser reembolsada de lo que por causa de los hechos narrados en la demanda formulada por el señor Luis Carlos Granda pueda llegar a ser condenada en este proceso, además, de los propios perjuicios con ello recibidos.

Por auto de 15 de Abril de 1977 fue aceptado el libelo de llamamiento en garantía y de su admisión fue enterada la Compañía ENKA DE COLOMBIA S. A., por conducto de su representante legal.

V. Notificada la Sociedad ENKA DE COLOMBIA S. A. del llamamiento en garantía hecho por TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA., dió respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones no sólo del demandante sino de su llamante. Dijo al responder la demanda que si existió contrato de transporte entre el señor LUIS CARLOS

GRANDA PEREZ y TRANSPORTES BOTERO SOTO Y CIA. LTDA., tal convenio le es inoponible por cuanto no intervino en su perfeccionamiento y por lo mismo no se le puede vincular a esa relación sustancial. Califica, al mismo tiempo, el hecho de la retención del dueño del camión, al igual que la de éste, como un acto al parecer "arbitrario del capitán del Puerto FRANCO LOAIZA" y agrega que, si todo ello sucedió como lo narra el demandante, se configuró el fenómeno de la fuerza mayor o caso fortuito liberatoria tanto para el primer demandado como para ella. Niega enfáticamente haber dado instrucciones a la Empresa Transportadora y en cuanto a los demás hechos dijo no constarle o que no los acepta.

Con fundamento en la anterior argumentación dedujo como excepciones de mérito las mismas alegadas por la Compañía Transportadora: Fuerza Mayor o Caso fortuito, Inexistencia de la Obligación y la Genérica. Además, se refirió a una presunta prejudicialidad penal por cuanto aún no ha finalizado el proceso abierto por la Autoridades Aduaneras de Cartagena por presunto delito de contrabando.

VI. En memorial de 26 de Septiembre de 1977, ENKA DE COLOMBIA S. A., a la vez, LLAMO EN GARANTIA a la COMPAÑIA TRANSPORTADORA S. A. (Agente de Aduanas), a efecto de que en este mismo proceso se le impusiere la obligación de reembolsarle todo lo que a título de indemnización de perjuicios llegare a ser condenada como resultado de la demanda que dio origen a este proceso.

Al sustentar sus pretensiones expuso en síntesis la segunda Compañía:

El doctor OSCAR MEJIA, empleado de Enka

de Colombia, el día en que el demandante dice fue celebrado el contrato de conducción de la mercancía, simplemente "insinuó" al señor MANUEL MORALES H., Gerente de la COMPAÑIA TRANSPORTADORA S. A. y Agente de Aduanas, que gestionara la entrega de un "Pallet" parte de un despacho descargado en las Bodegas del Terminal Marítimo y lo remitiera a Girardota a la Empresa Enka de Colombia a través de una Compañía Transportadora.

MANUEL MORALES elevó la petición correspondiente a JAIME GUERRA, Jefe de Bodegas de Puertos de Colombia y éste, a su vez, se obligó a presentarla y tramitarla ante la Administración de Aduanas, como regularmente lo hacía por encargo de su representante.

De allí que, como OSCAR MEJIA no intervino ni tenía que intervenir en la tramitación ante las autoridades aduaneras, tanto que ese día viajó a Barranquilla, no se le puede vincular a esas gestiones. Tampoco OSCAR MEJIA gestionó el transporte de esa mercancía ante la Empresa TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA.

Así, pues, dice finalmente Enka de Colombia S. A., es a ese Agente de Aduanas a quien se debe llamar a responder conforme a lo establecido por el artículo 403 del Código de Aduanas o sea la Ley 79 de 1931, complementado por el artículo 37 del Decreto 2886 de 1968.

Por ello, agrega finalmente, la demandada EMPRESA DE TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA. debió haber llamado en garantía a la Compañía Transportadora S. A. y como no lo hizo, le corresponde hacerlo a ella.

A este segundo llamamiento le dio curso el Juzgado de conocimiento mediante auto de

28 de Septiembre de 1977.

VII. Notificado el representante legal de la Compañía TRANSPORTADORA MERCANTIL S. A. del llamamiento en garantía formulado por ENKA DE COLOMBIA S. A. también dió respuesta oponiéndose a las pretensiones del actor y de su llamante.

En cuanto a los hechos expuestos por ENKA DE COLOMBIA S. A. como fundamento del llamamiento en garantía y concretamente respecto del contrato celebrado entre Granda y Transportes Botero Soto, repitió lo que había expresado Enka de Colombia de que al no haber intervenido no se la podía vincular por su incumplimiento. Por lo que toca a los hechos de la demanda primera, admitió como cierto que el 23 de Febrero de 1976 OSCAR MEJIA, empleado de Enka, le insinuó a su representante MANUEL NARCISO MORALES, Gerente entonces de la llamada en garantía, para que gestionara la entrega inmediata de parte de un cargamento de 1.184 kilos llegados al puerto de Cartagena y la enviara a su dueña a la planta de Girardota; que el señor Morales elevó la solicitud al señor JAIME GUERRA, Jefe de Bodegas y Patios de la Empresa Puertos de Colombia y que éste le prometió que la presentaría en legal forma para su trámite ante la Administración de Aduanas. En cuanto a los demás hechos dijo no constarle o constituir puntos de derecho sobre los cuales no tenía por qué pronunciarse.

También como los anteriores, terminó el libelo de réplica alegando como excepciones de mérito las de Fuerza Mayor o Caso Fortuito e Inexistencia de la Obligación.

VIII. Tramitada la instancia, la señorita Juez Séptimo Civil del Circuito le puso tér-

mino mediante sentencia de dieciséis de Febrero de este año, en la cual, por haber encontrado acreditadas las condiciones de éxito de la pretensión principal y fundados los llamamientos hechos, acogió las súplicas de la demanda e impuso las correspondientes obligaciones a la Empresa demandada y a los llamados en garantía.

IX. Inconformes los demandados TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA. y ENKA DE COLOMBIA S. A. interpusieron separadamente el recurso de apelación contra la sentencia que puso término a la instancia. No así la Compañía TRANSPORTADORA S. A.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. En primer término, como la Empresa ENKA DE COLOMBIA S. A. al replicar al llamamiento que le formulara la demandada TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA., al lado de las excepciones de mérito, planteara la posibilidad de que se presentara el fenómeno de la prejudicialidad penal, por no haber finalizado aún el proceso adelantado ante las autoridades de aduanas, es del caso precisar que tal asunto estaba definido cuando la Juez a-quo se pronunció sobre la demanda y los distintos llamamientos. Al proceso se trajeron copias tomadas del que por el Delito de Contrabando fue adelantado ante el Juzgado Primero de Distrito Penal Aduanero y Superior de Aduanas de Cartagena y en ellas consta que, mediante providencia de 13 de Julio de 1978, confirmada el 17 de Agosto siguiente, se ordenó el archivo del sumario contra los sindicados CARLOS GRANDA PEREZ, JOSE ANTONIO BALLESTAS, OSCAR MEJIA MARTINEZ, JAIME GUERRA FLOREZ, MANUEL NARCISO MORALES H., LAU-

REANO AUGUSTO FIGUEROA, HERNANDO SALAZAR ESCUDERO de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto 955 de 1970, se declaró de contrabando un Pallet de 850 kilogramos de DIMETIL TEREFALATO (D.M.T.) y se declaró su decomiso y remate en términos del artículo 19 de la Ley 21 de 1977 (fs. 425 a 436 C. No. 8 y fs. 3 C. No. 6).

Con anterioridad, mediante auto de 12 de febrero de 1977, el Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena habría sobreseído definitivamente en favor de POLIMEROS COLOMBIANOS S. A. y dispuesto la entrega de la mercancía, juntamente con la de Enka de Colombia, habían decomisado las Autoridades de Aduanas de Cartagena (fs. 276 y 317 C. No. 8).

Conforme a lo anterior, no se presentan obstáculos de orden procedimental ni vicios que afecten la actuación por presunta suspensión del proceso en razón de prejudicialidad, ni tampoco se puede poner en duda que la mercancía de propiedad de ENKA DE COLOMBIA, cuyo acarreo contrató BOTERO SOTO & CIA. LTDA. con LUIS CARLOS GRANDA, fue declarada de contrabando (art. 28 C. de P. Penal).

2. Un segundo aspecto que resulta pertinente precisar es el relativo a los efectos que la sentencia de segunda instancia ha de generar con relación a las partes, dada la circunstancia de que la sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda principal y las respectivas condenas a los llamados en garantía, fue recurrida en apelación únicamente por la compañía demandada y el primer llamado en garantía pero no por el segundo llamado. En un principio podría pensarse que, por tra-

tarse de un caso de litisconsorcio facultativo, los efectos del recurso no podrían llegar hasta variar la situación jurídica que el fallo de primer grado creó para quien no lo recurrió, pues que ello implica asentimiento (arts. 50, 57 y 357 C. de P. C.). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la condena impuesta al segundo llamado es *in eventum*, por el valor de la erogación que su llamante tuviere que hacer como consecuencia del vencimiento de la demandada primera. De tal suerte que si no se produjere condena alguna en favor del demandante, por sustracción de materia, no podría hacerse efectiva la condena; en caso contrario, su situación resulta inmodificable.

3. Visto lo anterior, se tiene que con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho consignados en el libelo que dio origen a este proceso, el actor pretende que la Compañía demandada sea declarada responsable de los perjuicios que le fueron ocasionados por razón del incumplimiento del contrato en virtud del cual convinieron el acarreo de una mercancía desde la ciudad de Cartagena a la población de Girardota.

La compañía demandada, a pesar de su oposición a las pretensiones del actor, aceptó que efectivamente había acordado la ejecución de un contrato con el demandante y que le incumplió; empero, negó que tal incumplimiento pueda atribuirse a culpa suya. La violación de esa obligación, sostiene, se debió a hechos constitutivos de fuerza mayor, más concretamente a la actuación arbitraria de las Autoridades de Aduanas.

No obstante ello, la Empresa demandada citó al debate a la dueña de la mercancía que el demandante habría de transportar, a efecto de que le garantizase el reembolso de lo que tu-

viere que pagar por razón de la condena, en caso de vencimiento. A su turno, la llamada a garantizar esa eventual prestación también convocó a quien por su proceder, negligente y descuidado, vino a ser causa determinante del incumplimiento sucesivo o en cadena que es lo que en definitiva resulta en el caso *sub-judice*.

4. Planteada así la controversia, como cuestión previa a su definición, resulta forzoso deslindar las distintas relaciones jurídicas de carácter sustancial a las cuales aparecen vinculadas las partes cuyos intereses se hallan comprometidos en el *sub-judice*, como que el asunto no podía desatarse a la luz de las normas que regulan el contrato de transporte de cosas solamente.

Del acervo probatorio incorporado al proceso a petición de las partes, la Sala encuentra establecidas las siguientes relaciones:

a) En primer término, está acreditado que TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA. celebró con LUIS CARLOS GRANDA un contrato en virtud del cual éste se obligó a transportar en un vehículo de su propiedad, por la suma de \$ 5.800.00, un lote de mercancías así: un Pallet de D. M. T. para ENKA DE COLOMBIA S. A. y otro lote de idéntico material para POLIMEROS COLOMBIANOS S. A., conducción que efectuaría desde las Bodegas de Puertos de Colombia en el terminal marítimo de Cartagena hasta las plantas de las destinatarias en Girardota e Itagüí, respectivamente.

La Compañía Transportes Botero Soto & Cia. Ltda., tanto al replicar al actor como al llamar en garantía a la dueña de la mercancía, admitió la celebración de dicho contrato, lo mismo

que su incumplimiento para con el demandante acarreador, no obstante haberle entregado una "orden de cargue" expedida en razón de las cartas de porte suministradas por los dueños de las mercancías.

b) De otra parte, HERNANDO ENRIQUE SALAZAR ESCUDERO, Gerente de la Agencia de TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA., en Cartagena, en su declaración rendida ante el Juez de Instrucción Penal Aduanera de esa ciudad (fs. 96 C. No. 8) dijo que a sus oficinas se presentaron el día 23 de Febrero de 1976 MANUEL NARCISO MORALES HERNANDEZ, Gerente de la COMPAÑIA TRANSPORTADORA S. A. Agente de Aduana y representante allí de ENKA DE COLOMBIA S. A., y el empleado de la misma Compañía Enka de Colombia Ingeniero OSCAR MEJIA quienes le manifestaron "que tenían urgente necesidad de despachar un "PALLET" para "muestra" de arrume, ya que era la primera vez que venía ese empaque y que ya tenía, ya habían charlado con don JAIME GUERRA, Jefe de Bodegas y Patios del Terminal, quien les había prometido la entrega del PALLET. . .". Esto mismo repitió el señor Salazar en sus declaraciones que obran a fs. 31 y 56 del C. No. 5, habiendo agregado en estas nuevas oportunidades procesales que era precisamente a través de la Empresa por él gerenciada por la que Enka hacía su transporte de mercancía; que inmediatamente se trasladó, en compañía de Morales y Mejía, a las bodegas del terminal a reclamar la orden para retirar el "Pallet" y que seguidamente se dedicó a conseguir un camión para el acarreo y fue, entonces, cuando contrató con Luis Carlos Granda a quien envió al terminal en compañía del Embarcador Auxiliar de la Empresa JOSE BALLESTAS. Lo dicho por el señor Salazar Escudero está corroborado con las declaracio-

nes de José Ballestas y Jaime Guerra (fs. 32 y 33 C. No. 6 y 52, 102 C. No. 8).

c) Finalmente, con lo declarado por el señor Gerente de la Agencia de Cartagena de la Empresa demandada, señor Hernando Salazar, lo mismo que con lo expuesto por el Ingeniero OSCAR MEJIA, Ejecutivo de Enka de Colombia y el propio MANUEL NARCISO MORALES HERNANDEZ (fs. 158 C. No. 8) Gerente Seccional en Cartagena de la COMPAÑIA TRANSPORTADORA S. A., quedó acreditada la relación existente entre Enka de Colombia S. A. y aquella Compañía. Dice en efecto el señor MORALES HERNANDEZ que como Agente de Aduana y representante de Enka de Colombia S. A. en ese puerto desde hace unos doce años, tienen instrucciones de Enka para despachar, por conducto de TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA., toda la mercancía que les llegue por ese Puerto; que ciertamente en esa oportunidad conversó con OSCAR MEJIA, Jefe de División de Operaciones de la Compañía representada, quien estuvo agilizando el envío rápido de una "muestra" de D. M. T. a través de la usual Empresa Transportadora y que fue así como conversaron el domingo día del descargue del buque con el señor JAIME GUERRA y que éste le prometió que le colaboraría y que él personalmente (el declarante) se obligó a entregar la documentación tendiente a obtener la entrega del Pallet el día lunes.

Lo dicho por este declarante ante los funcionarios de la Aduana está corroborado en su integridad por el testigo JAIME GUERRA FLOREZ quien, a su vez, admite haber dado la orden de entrega del Pallet no estando aún legalizada ante la Aduana tal entrega, pues que la solicitud y documentación del Agente de Aduanas llegó sólo por la noche, es decir,

cuando ya había sido retenido el conductor, el camión y la mercancía (fs. 33 vto. C. No. 5 y 52 C. No. 8).

5. De la asunción de la prueba esbozada y otros elementos de convicción que la robustecen, resulta que en el hecho se dan tres relaciones jurídicas sustanciales diferentes, todas de naturaleza contractual y regidas por normas distintas.

En primer término, dado que para sus factorías requiere materia prima proveniente del exterior, desde hacía más de doce años ENKA DE COLOMBIA S. A. había encargado a la COMPAÑIA TRANSPORTADORA S. A. (Agente de Aduana con domicilio en Bogotá pero con Agencia en Cartagena), que le gestionara ante las Autoridades de Aduana de ese Puerto la nacionalización del material importado. Asimismo, como lo acepta el representante de la Compañía Transportadora, Enka le había dado instrucciones de que, una vez nacionalizada, la remitiera a sus instalaciones a través de la Empresa TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA.

Quiere decir lo anterior que las relaciones entre Enka de Colombia S. A. y la Compañía Transportadora S. A. estaban regidas por un contrato de **mandato con representación**, al cual le son aplicables las normas pertinentes de los artículos 1.269, 1.273 y 1.275 del Código de Comercio y 2.155 del Código Civil, entre otros, y conforme a ellas habría de juzgarse su responsabilidad por el incumplimiento del encargo.

En segundo término, como lo admiten las mismas partes, es decir, la Compañía Transportadora, el Agente de Aduana y la Empresa importadora de materia prima, entre ENKA DE

COLOMBIA S. A. y TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA. existía una modalidad de contrato de **suministro de transportes**, en virtud del cual la demandada estaba encargada de acarrear hasta la planta de Girardota toda la materia prima que le remitiera a Enka de Colombia el Agente de Aduana que representaba los intereses de la destinataria en esa ciudad. Tal contrato estaría regido por normas especiales en términos de los artículos 980 y 986 del Código de Comercio.

Y, finalmente, quedó plenamente demostrado que entre LUIS CARLOS GRANDA PEREZ y TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA. se celebró un contrato de transporte para acarrear mercancía de Enka de Colombia desde Cartagena a Girardota, contrato celebrado conforme a las previsiones del artículo 984 del Estatuto de los Comerciantes. Esta disposición permite al transportador que encargue a terceros, en todo o en parte, la conducción contratada, pero bajo su responsabilidad y sin que por ello se entiendan modificadas las condiciones del contrato con el pasajero, remitente o destinatario.

A más de lo anterior, quedó suficientemente demostrado en los autos que aun dejando de lado la prueba de las relaciones convencionales existentes y que serían las llamadas a regular todos los actos y hechos ejecutados en cumplimiento de ellas, se acreditó también que a la ocurrencia de hechos que determinaron la demanda del señor Granda y que llevaron a la confiscación de la mercancía que era objeto del contrato, se vincularon directamente los representantes de las Empresas cuyos intereses se hallan en conflicto.

Es verdad averiguada en el proceso que en razón de las instrucciones dadas por la Compa-

ñía Enka de Colombia a su proveedor en el extranjero se produjo un cambio en el embalaje de la materia prima que le sería despachada; que a efecto de verificar el cumplimiento de tales instrucciones, el día 23 de Febrero de 1976, fecha del descargue del buque, viajó a Cartagena el Jefe de Operaciones de la Importadora; que constatado el referido cambio de embalaje, en compañía del representante legal del Agente de Aduana se presentó a las Oficinas de la Empresa Transportadora con el propósito de urgir la remisión de un "Pallet" de muestra. Con miras a cumplir ese encargo con carácter de urgente TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA. solicitó los servicios de LUIS CARLOS GRANDA.

6. Ahora bien. Según las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia, la declaratoria de responsabilidad por el incumplimiento contractual supone que al proceso en que se impetre aparezca comprobado: a) La existencia de un vínculo convencional; b) La violación de la obligación de él surgida; y c) Que tal violación acarreó perjuicios al demandante. Naturalmente, el igual que sucede en los casos de responsabilidad extracontractual, debe existir una relación de causa a efecto entre la culpa y el perjuicio resultante del incumplimiento.

Con relación a lo anterior, ha de observarse que la posición del demandante respecto del presunto obligado es de privilegio en lo que toca a la prueba, pues, como se sabe, si el deudor no ejecuta oportuna y cumplidamente su obligación, se presume, con presunción legal, que fue por su culpa, por no haber observado la diligencia y cuidado que le incumbían; de suerte que si con su inejecución causó perjuicios al acreedor, será reo de responsabilidad civil contractual y estará obligado a reparar el

daño causado.

"Esa presunción de falta, que por ley obra contra el deudor incumplido, y que coloca al acreedor en situación ventajosa, como que lo dispensa de la carga de la prueba de la culpa de aquel, precisa el Profesor EUDORO GONZALEZ, solo la puede desvanecer el deudor para liberarse del pago de perjuicios en que incurrió por su incumplimiento, demostrando que observó la diligencia y cuidado que le incumbían o que un caso fortuito o fuerza mayor le impidió la oportuna y leal ejecución de su compromiso. Y en uno de los dos últimos eventos siempre que no hubiere estado en mora y que el acontecimiento imprevisto e insuperable que constituya la fuerza mayor o el caso fortuito, le sea totalmente inimputable" (LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO CIVIL).

7. Si teniendo en cuenta las consideraciones que preceden se vuelve sobre el caso *sub-judice* y se analiza concretamente la responsabilidad que en el incumplimiento del contrato celebrado con Luis Carlos Granda le incumbe a la demandada TRANSPORTES BOTERO SOTO & CIA. LTDA. se verá cómo efectivamente, todos y cada uno de los elementos que la integran concurren y que asiste pleno derecho al demandante para reclamar indemnización.

No sólo quedó suficientemente establecido el contrato de transporte y su incumplimiento sino también que el demandante sufrió serios perjuicios con tal incumplimiento, fuera de que no queda la menor duda respecto del nexo causal entre la violación del contrato de parte de la demandada y el daño causado al actor, pese a la alegación de fuerza mayor o caso fortuito.

El demandante, en cumplimiento del contrato acordado con la Compañía Transportadora, puso todos los medios necesarios para ejecutarlo; tanto fue así que se presentó al sitio indicado para el cargue de la mercancía y efectuó esta labor. Sin embargo, fue impedida la conducción de dicha mercancía al lugar de destino, a causa de incumplimiento del expedidor, en este caso TRANSPORTES BOTERO SOTO, por no haberle entregado los documentos "necesarios para el cumplimiento de las formalidades de policía, aduana, sanidad y condiciones de consumo", como que ello constituía una obligación suya al tenor de la dispuesto por el artículo 1.011 del Código de Comercio.

En tales condiciones, bien puede concluirse que la situación fáctica planteada en la demanda se halla subsumida en la norma del citado artículo 1.011 del Código de Comercio y, por consiguiente, se han de dar los efectos en ella previstos. "El expedidor, dice textualmente, es responsable ante el transportador de todos los perjuicios que puedan resultar de la falta, insuficiencia o irregularidad de dichos informes o documentos".

La circunstancia de que ni la Compañía dueña de la mercancía ni su representante hubiesen entregado completa la documentación requerida no podía servir de excusa al expedidor para abstenerse de verificar que ella estuviese completa y menos aún para invocar tal hecho con miras a desplazar al transportador esa obligación. De un lado, si para el caso, por estar haciendo uso de la facultad que el artículo 984 del Código de Comercio le confiere, la Empresa demandada asumió la condición de expedidora, a ella incumbía la obligación de entregarla completa; y, de otro, la misma norma del artículo 1.011 prescribe que el trans-

portador no está obligado a examinar si dichos informes o documentos son exactos o suficientes.

8. Concluído que en verdad se dan los presupuestos o condiciones de éxito de las pretensiones del demandante, es del caso analizar ahora si también concurre algún motivo que exonere a la Compañía demandada de la obligación de pagar todos los perjuicios derivados de tal incumplimiento.

TRANSPORTES BOTERO & CIA. LTDA., en el libelo de réplica, y en su debida oportunidad las llamadas en garantía, propusieron como excepción de mérito la fuerza mayor o caso fortuito, con el argumento de que dicho incumplimiento se debió a un acto de las Autoridades de Aduanas, lo cual en última instancia, se traduce en un desplazamiento de la responsabilidad hacia el Estado, dada la arbitrariedad de tales actos. Además, la misma norma del citado artículo 1.011 del Código de Comercio, luego de precisar la responsabilidad que incumbe al expedidor precisa que éste quedará exonerado si la falta (de los documentos requeridos) es "imputable al transportador o a sus agentes o dependientes".

Pues bien, en el caso *sub-judice* ocurrió que cuando el señor LUIS GRANDA PEREZ ya había cargado el vehículo con la mercancía y se disponía a salir, ante el requerimiento de las autoridades aduaneras de que exhibiera la documentación exigida, este presentó la orden de cargue (fs. 16 C. No. 8) pero aquellas la consideraron insuficiente. Entre los documentos presentados por el demandante se halla un memorando al Jefe de Bodegas y Patios de PUERTOS DE COLOMBIA suscrito, entre otros, por el señor JAIME GUERRA FLOREZ, en donde le pide la entrega del Pallet de

Enka a Botero Soto & Cía. Ltda. (fs. 6 C. No. 8). El señor Guerra, además de reconocer la firma, dijo en su declaración que la había autorizado de buena fe, sin reparar la falta de aforo, cuestión a la cual no dio importancia por tratarse de una unidad ante otras 1.184 que habían llegado para Enka (fs. 52 y 102 C. No. 8).

Los funcionarios del resguardo Nacional de Aduanas del Puerto retuvieron la mercancía con que estaba cargado el camión del señor Granda, lo mismo que el vehículo, su conductor y el empleado Ballestas de Botero Soto y todos fueron puestos a disposición de la Jefatura Nacional del Resguardo y del Juez Superior de Aduanas. Iniciada la investigación, por auto de 26 de Febrero siguiente, el Juzgado Superior de Aduanas, después de oír en declaración a los retenidos, ordenó su libertad por no haber hallado mérito para someterlos a indagatoria. La investigación avanzó y concluyó, como se dijo en otro lugar de esta providencia, con exoneración de los retenidos pero con la declaratoria de que el Pallet era de contrabando, razón por la cual dispuso su decomiso y remate.

Significa lo anterior que, en definitiva, no aparece en parte alguna que las autoridades de Aduanas hubiesen procedido arbitrariamente al retener tanto al conductor como la mercancía y el vehículo en que se pretendía introducir al país, justamente, por cuanto a quien tal cosa trataba no se le había entregado completa la documentación exigida por las autoridades aduaneras.

Así las cosas, la imposibilidad en que quedó colocada la Empresa demandada de cumplir el contrato celebrado con el señor Granda no se debió a fuerza mayor o caso fortuito. Para

ella constituía una obligación verificar la documentación antes de dar la orden de cargue al acarreador. Por ello no podían alegar fuerza mayor la Compañía demandada ni tampoco las llamadas en garantía, pues tanto para aquella como para éstas era perfectamente previsible que si la documentación no estaba completa las Autoridades de Aduana, como efectivamente lo hicieron, podían proceder a impedir la salida de la mercancía y retener al conductor.

Siguiendo las enseñanzas de los doctrinantes, ha de puntualizarse que para que un hecho pueda considerarse como liberatorio de responsabilidad por encuadrar en las previsiones de los artículos 1o. de la Ley 95 de 1890 y 992 del Código de Comercio, ha de reunir las siguientes características: a) Que sea exterior al demandado; b) Que sea imprevisto e imprevisible; y c) Que sea imposible de evitar. Y si partiendo de tales presupuestos se examinan los alegados por la demandada y llamados a responder como garantes, se verá cómo fuera del primero de los reseñados tal vez no concurre ningún otro.

Lo dicho hasta ahora permite concluir que no se da el fenómeno de la fuerza mayor ni el del caso fortuito, que para el caso fueron alegados indistintamente, y que tampoco aparece de autos que al demandante pudiera imputarse culpa en la ocurrencia de los hechos determinantes del incumplimiento.

Por último, la Compañía demandada y también los llamados alegaron con un mismo fundamento las defensas que denominaron "inexistencia de la obligación" y la "genérica", respecto de las cuales ha dicho reiteradamente esta Sala del Tribunal, siguiendo en ello la doctrina procesal moderna, no consituyen

propriadamente excepciones. El tan socorrido medio defensivo de alegar como excepción de mérito la inexistencia o carencia de derecho de acción, el cual no tiene ningún fundamento en la moderna teoría general del proceso, se explica quizás por la falta de técnica del anterior código de procedimiento civil que a veces confundía la acción con del derecho sustancial o con la pretensión, conceptos hoy claramente definidos por los procesalistas y acogidos en el nuevo ordenamiento.

“Como se sabe, la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los Organos Judiciales para reclamarles la satisfacción de una pretensión (COUTURE, Fundamentos, pág. 57). Precisamente por ello DEVIS ECHANDIA, al definirla y señalar sus características, dice que la acción es un derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que corresponde a toda persona natural o jurídica para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través del proceso. Tomada, pues, en ese sentido, que es el que realmente corresponde a su noción misma, la acción siempre existirá, aun en el caso de que la demanda sea temeraria y el derecho pretendido no tenga existencia”.

9. Definido en los anteriores términos que la Compañía demandada se halla en la obligación de indemnizar al señor Luis Carlos Granda los perjuicios que su incumplimiento le acarreó, procede ahora determinar a cuáles tiene derecho y el monto de los mismos.

Al concretar sus aspiraciones, el demandante pidió que le fuesen reconocidos además del daño emergente y el lucro cesante los perjuicios de orden moral padecidos por causa de la

detención de que fue objeto y su vinculación a un bochornoso proceso penal del cual, como tenía que serlo, fue desvinculado ante su inocencia.

En lo que toca al **daño emergente**, el demandante dijo que por la inmovilización de su vehículo y por la acción de la sal, aquel sufrió deterioros cuyas reparaciones superaron los \$ 100.000.00. Al efecto presentó con la demanda una serie de facturas y recibos de pagos hechos por concepto de repuestos y mano de obra, la mayoría de los cuales fueron reconocidos por sus autores. Además, vinieron a declarar: LUIS HERNANDO HERNANDEZ (fs. 1 C. No. 5) quien detalla los daños sufridos por el automotor de propiedad del señor Luis Carlos Granda; JORGE ENRIQUE OCAMPO (fs. 2 vto. ib.), el cual, en su condición de mecánico, efectuó las reparaciones del automotor; también reconoció las facturas por él suscritas; FRANCISCO JESUS BOTERO (fs. 3 vto. ib.) quien informa del estado anterior del vehículo y los desperfectos y daños que presentó cuando fue retirado de las Bodegas del Terminal Marítimo a los siete meses de su retención. Igualmente vinieron a reconocimiento de firma de recibos y facturas los señores Guillermo Jaramillo Posada y Humberto Bohórquez (fs. 6 vto. ib.).

Estando probado, de otra parte, que el automotor del demandante estuvo retenido por cuenta de las Autoridades de Aduana (fs. 3 C. No. 8) y cuya orden de devolución se produjo sólo mediante auto de 13 de Septiembre de 1976 del Juzgado Superior de Aduanas (fs. 80 y ss. C. No. 9), obviamente, es necesario concluir que durante todo ese tiempo y otro adicional mientras se efectuaron las reparaciones indispensables para ponerlo en funcionamiento de nuevo, todo lo cual forzosamente

colocó al señor Granda en imposibilidad de obtener la ganancia o utilidad que venía reportándole, produciéndose así un **lucro cesante** valioso y que en la demanda estimó en la suma de \$ 250.000.00 m.l.

En armonía con lo anterior, aun cuando está demostrada la existencia de los perjuicios materiales es lo cierto que su cuantía no resulta claramente determinada, pues no se adujo un dictamen de expertos en ese campo y por ello se impone la condena **in genere**.

Fuera de los anteriores conceptos, pidió el demandante se le reconociera como integrantes de perjuicios las erogaciones o desembolsos por pago de intereses a terceros, en razón de préstamos para atender a la amortización de deudas pendientes del automotor. Sobre este punto nada dijo el fallo de instancia, ni ahora podrá hacerse pronunciamiento alguno, aun cuando no está por demás destacar su improcedencia conforme a las enseñanzas de la doctrina y también las previsiones del artículo 1.616, dado que ellos serían indirectos.

Demandó también el señor LUIS CARLOS GRANDA PEREZ indemnización por presuntos **perjuicios morales**: subjetivos y objetivos en cuantía de \$ 100.000.00 alegando como fundamento de tal pretensión la circunstancia de haber estado detenido y vinculado a un proceso penal en el cual fue exonerado de toda culpa.

La falladora de instancia encontró en la ocurrencia de la detención y vinculación del demandante al proceso penal adelantado por un presunto delito de contrabando la causación de daños de orden moral: objetivados por la vinculación a un delito que no cometió y subjetivos por la molestia y angustia sufrida y su

desprestigio social al verse sometido a una investigación penal. De los primeros dijo que serían materia de regulación en el incidente de liquidación y, en cambio, los subjetivos los tasó en la suma de \$ 20.000.00, condena con la cual se conformó el demandante al no recurrir.

A este respecto, ha sido doctrina de la Corte que el daño moral no se puede alegar cuando la acción tiene como fundamento la violación de una obligación contractual. Sin embargo la tendencia actual, no sólo en el campo de la responsabilidad derivada del contrato de trabajo sino también en otros tipos de convenciones como el de transporte, es la de reconocer también esta clase de daño.

Un examen del derecho comparado así lo indica, tal como lo hace notar LESLIE TOMASELLO HART en su obra **EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**. Este autor, después de un análisis comparativo de distintas legislaciones, así como de la doctrina y jurisprudencia sobre el particular y luego de un estudio de la doctrina y legislación chilenas, concluye que "no hay ninguna razón plausible para distinguir entre la responsabilidad extracontractual y la contractual en lo que se refiere a la indemnización del daño moral y adoptar soluciones distintas en cada uno respecto al mismo punto, significando, además, una injusticia que aquel que ha cometido un delito o cuasidelito deba indemnizar el daño moral causado y no quien ha infringido un vínculo contractual existente entre las partes" (pág. 83).

De otra parte, desde hace bastante tiempo el Profesor Alvaro Pérez Vives ha venido propugnando por el reconocimiento de los perjuicios morales derivados del incumplimiento contractual diciendo que el principio imperante

en materia de responsabilidad es de que todo daño que se cause como consecuencia directa del incumplimiento, debe resarcirse. Así lo sostiene en su obra *TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*, Vol. II, Primera Parte. Temis, 1968, págs. 24 y 257.

Ahora, examinando el asunto de la procedencia de la indemnización del perjuicio moral derivado del incumplimiento contractual a la luz del derecho positivo nuestro, para la Sala resulta sostenible que en ello el código de comercio es más amplio que el código civil, pues mientras los artículos 1.613 y 1.614 concretan los perjuicios causados por el incumplimiento a los materiales (daño emergente y lucro cesante) el primero dice que en el contrato de transporte, el expedidor que incumpla sus obligaciones, concretamente las señaladas en el artículo 1.011, responderá ante el transportador "de todos los perjuicios" que puedan resultar de su incumplimiento.

Con fundamento en tal disposición, bien puede sostenerse que dentro de la expresión, "todos los perjuicios", han de quedar comprendidos también los morales si el incumplimiento generó perjuicio de ese linaje. Para el caso de autos, la cuestión resulta más clara y obvia, pues quien los reclama, por el incumplimiento del expedidor, padeció detención precauteladora al sospecharse de él participación en un presunto ilícito penal y, al decir, de ALE-SANDRI RODRIGUEZ entre los hechos causantes de daños morales se halla, precisamente, la deshonra o menosprecio que una persona pueda sufrir "con su detención o prisión, con su procesamiento", etc. (*DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO*, Ed. 1.943, pág. 225).

Viene de lo expuesto en este aparte respecto

de la procedencia de la condena al perjuicio moral demandada que la decisión de la falladora de instancia en el sentido de admitirla ha de mantenerse pero no en la extensión reconocida, pues si bien no admite réplica la causalidad y existencia de perjuicios morales subjetivos, no puede aceptarse igual conclusión respecto de los objetivos. En parte alguna resulta prueba que los acredite suficientemente, o que siquiera permita inferirlos.

10. Examinadas así, por todos sus aspectos, las pretensiones consignadas en la demanda principal, lo mismo que las razones de la oposición formulada por la demandada y sus defensas, resta sólo algunas consideraciones en torno a la situación y más concretamente a los efectos que esta decisión ha de producir con respecto a las llamadas en garantía ENKA DE COLOMBIA S. A. y COMPAÑIA TRANSPORTADORA S. A. quienes fueron condenadas también en la sentencia.

En lo que hace a la Compañía ENKA DE COLOMBIA S. A., muy claramente quedó establecida su vinculación o participación en el intento de introducción de la mercancía que en última instancia fue confiscada como consecuencia de la investigación penal. Además, con antelación existía un convenio de que su representante en esa ciudad, la Compañía Transportadora S. A., le remitirían a través de Bote-ro Soto toda la mercancía que le llegara por el Puerto de Cartagena. El hecho de que fuese la destinataria y hubiere aceptado que la Compañía Transportadora S. A. fuese la representante de sus intereses en ese Puerto, la obligaría como mandante y por lo mismo su condición de remitente resulta indiscutible.

De modo que si por su incumplimiento (o el de su mandataria), la Compañía encargada del

transporte sufrió perjuicios, a ella le es aplicable la norma del artículo 1.011 del Código de Comercio a que se ha hecho referencia en varios apartes de este fallo, sin que tampoco respecto de ella pueda predicarse la concurrencia de alguno de los motivos de exoneración que alegó en su escrito de réplica.

Justamente, dice la falladora de instancia sobre este punto que "sí, no obstante la realización del contrato de transporte que quedó perfeccionado cuando las partes estuvieron de acuerdo en cuanto a las condiciones esenciales que le son propias, el remitente (para el caso la firma Enka de Colombia S. A.) no entregó la mercancía libre de todo vicio al transportador (Empresa "Transportes Botero Soto & Cía. Ltda."), incumplió con su principal obligación y se hizo responsable de los perjuicios que para la entidad transportadora se derivaran, los cuales aquí se concretan a los que "Transportes Botero Soto & Cía. Ltda." debe cubrirle al actor principal.

"Resulta por tanto responsable la entidad llamada en garantía "Enka de Colombia S. A." frente a la Sociedad "Transportes Botero Soto & Cía. Ltda." por mal cumplimiento de sus obligaciones como firma remitente en el contrato de transportes celebrado entre ellas".

Y, finalmente, en lo que concierne a la COMPAÑIA TRANSPORTADORA S. A., llamada también a garantizar el pago de la prestación que ENKA DE COLOMBIA S. A. tuviese que hacer a la Compañía Botero Soto por razón del vencimiento, se reitera que en tal aspecto el fallo es inmodificable, o en otros términos que ya está ejecutoriado, no obstante lo cual se observa que los efectos de su incumplimiento frente a Enka de Colombia S. A. pudieron haber tenido otro enfoque y consecuencias di-

ferentes.

11. Las consideraciones que preceden llevan a la conclusión final de que la sentencia materia del recurso ha de mantenerse con la aclaración de que los perjuicios morales a indemnizar serán solamente los subjetivos, y que conforme a lo prevenido por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, las costas de la segunda instancia las sufragarán las Compañías apelantes.

En armonía con lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia recurrida, con la sola ACLARACION de que los perjuicios morales por los cuales deberá ser indemnizado el señor Luis Carlos Granda Pérez, serán únicamente los subjetivos, tal como se dejó explicado en la parte motiva de este fallo.

Costas de la segunda instancia a cargo de las compañías apelantes.

Se dio cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 4o. del artículo 30 de la Ley 16 de 1.968 (Acta No. 042 de 17 de los corrientes).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA SE.

HORACIO MONTOYA GIL

BEATRIZ QUINTERO DE PRIETO

JAIME SOTO GOMEZ

El Secretario:
Marlén Uribe Suárez