

**FUERZA MAYOR EN CONTRATOS DE TRANSPORTE DE GAS
NATURAL**

**FUERZA MAYOR EN CONTRATOS DE TRANSPORTE DE GAS
NATURAL**

JAIME EDUARDO GOMEZ ALVAREZ

PAOLA ANDREA MANCHEGO INFANTE

**BUCARAMANGA
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO
2006**

**FUERZA MAYOR EN CONTRATOS DE TRANSPORTE DE GAS
NATURAL**

JAIME EDUARDO GOMEZ ALVAREZ

PAOLA ANDREA MANCHEGO INFANTE

Proyecto de Grado para obtener el título de Abogado.

Director: Dr. Luís Raúl Carvajal Almeida

**BUCARAMANGA
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO
2006**

DEDICATORIA AUTORES

A Dios por su inmensa bondad.
A nuestras familias por su
paciencia y apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos a:

Luís Raúl Carvajal Almeida, por su orientación, disposición, constante apoyo y por su valioso aporte en el desarrollo de este proyecto.

1. INTRODUCCION

Colombia es un país que se podría decir, se encuentra en busca de un futuro mucho más desarrollado energéticamente hablando y más específicamente, si nuestro interés se encuentra en el gas natural, el cual empezó a ser usado en nuestro país desde el siglo XVIII para el alumbrado público.

Posteriormente se dio la explotación masiva del petróleo en nuestro país y nuevamente el gas estuvo atado a ello, pues dadas las características técnicas y ambientales del mismo, su utilización fue cobrando sentido y no era sólo utilizado para ser reinyectado en la explotación del llamado oro negro, sino en la operación de maquinarias dentro del trabajo de explotación.

Con la expedición del Plan de Masificación de gas natural, se quiso dirigir su utilización en áreas residenciales, industriales, comerciales y dentro de las ultimas, actualmente estamos observando la masificación de las estaciones de servicio de Gas vehicular, lo cual coloca a Colombia en la mira de países económicamente mas fuertes como lo son Chile y Argentina por no hablar de muchos otros, en los cuales ya se usa el Gas vehicular con tanta clientela como la gasolina, logrando la consolidación de un sistema de gas que permite en la actualidad satisfacer la demanda interna y la proyección de los mercados internacionales. Es acá en donde se empieza a ver la necesidad de hablar del Transporte de Gas Natural, el cual en la mayoría de los casos se hace a través de tuberías (Gasoductos), pero

también es posible de realizarse en barco e inclusive en vehículo terrestre.

Todo esto se da, debido a que empresas del sector del gas, las cuales son realmente pocas plantean que, no solo es necesario la exploración del recurso, sino también el consumidor final, quien es el que realmente va a lograr el posicionamiento de dicha empresa en el sector y esto se logra a través de un efectivo transporte del mismo a todos los usuarios, ya sean industriales, comerciales o residenciales; convirtiéndose así en un servicio público al que todos tienen derecho.

Ahora bien, al darse en Colombia un nuevo modelo en la prestación de los servicios públicos con la creación de la Constitución política de 1.991 y el posterior desarrollo de los mismo con la Ley 142 de 1.994, se ve la necesidad de crear una comisión que sea la encargada de regular específicamente el tema de la energía y el gas en todas sus etapas, es por eso que esta regulación la hacen las Resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG -.

La exploración y la explotación de hidrocarburos actualmente se encuentran asignadas a Ecopetrol S.A. (operación) y a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (administración); Los cuales celebran contratos, especialmente de Asociación con La Empresa Colombiana de Gas, Ecogás quien es la encargada en su mayoría de las redes de transporte de gas natural. La distribución y la comercialización del hidrocarburo esta asignada a empresas prestadoras de servicios públicos, como Gasoriental y Metrogas las cuales aunque funcionan

bajo las reglas generales de la competencia, deben cumplir con las garantías inherentes a la prestación de éste tipo de servicio.

El transporte de gas manejado por Ecogás a través de diversos tipos contractuales constituye en su mayoría un éxito total, pero en algunas ocasiones dichos contratos se ven interrumpidos por la figura de la Fuerza Mayor y por lo tanto una eximente de responsabilidad frente a dichos contratos y es este el tema central de la presente monografía.

Podemos lograr lo anterior después de realizar una búsqueda bibliográfica de la fuerza mayor en general y posteriormente acudiendo a la jurisprudencia, la doctrina y respaldándonos de la experiencia contractual de Ecogás, quien como ya se menciono, es una de las empresas prestadoras del servicio de transporte de gas natural.

Finalmente, la presente monografía se estructura así: El primer capítulo nos hace un análisis de la fuerza mayor, sus elementos, una comparación con el caso fortuito, el evento excusable y la fuerza mayor contractual. En el segundo capítulo tratamos el tema de transporte de gas natural y concluimos con el tercer capítulo en el que hacemos una investigación de la parte práctica de la fuerza mayor en los contratos de gas natural.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es aplicable la fuerza mayor, como exclusión de responsabilidad, en los contratos transporte de gas natural?

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Identificar las formas de aplicación de la fuerza mayor en los contratos de transporte.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1) Identificar el concepto de fuerza mayor en la legislación colombiana.
- 2) Identificar los criterios jurisprudenciales de la fuerza mayor en los contratos de transporte.
- 3) Analizar los elementos del contrato de transporte.
- 4) Estudiar los elementos de la fuerza mayor, aplicables en los contratos de transporte de gas; a partir del análisis de casos como exclusión de responsabilidad.

Capítulo I

4. Fuerza Mayor

Para el derecho en general, es decir, en todas sus ramas, la fuerza mayor se conceptualiza a partir de unos parámetros similares, o con base en ciertas directrices o pautas en las que tanto la ley, como la doctrina y la jurisprudencia coinciden al momento de emitir concepto acerca de la fuerza mayor como un eximente de responsabilidad.

Sin embargo se desarrollará a lo largo de este escrito su influencia específica en cuanto a la rama civil del derecho, enfocada hacia los contratos y por último haciendo énfasis en la misma pero con respecto a los contratos de transporte de gas natural.

Dicho lo anterior, de igual manera cabe resaltar que hay diferentes autores especialistas en el desarrollo del tema en cuestión y que armonizando sus ideas resulta un concepto más amplio y completo de la fuerza mayor.

4.1 Concepto.

Para comenzar a definir la fuerza mayor tenemos que remitirnos a nuestro código civil Colombiano, en donde se resalta que “ se llama

fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por funcionario publico, etc...”¹.

Sin embargo para llegar a lo anterior, históricamente habría que acudir a épocas pasadas, de donde proviene el concepto.

A partir del siglo XIX y principios del siglo XX empieza a elaborarse la doctrina del riesgo, a partir de la ley francesa de accidente de trabajo.

La grave situación económica en la que quedaban los trabajadores en caso de accidente laboral, que se quedaban privados del medio de subsistencia de ellos y sus familias. Sólo se podía pedir indemnización si el trabajador probaba la culpa exclusiva del empresario.

La ley francesa lo que hace es invertir la idea y prescindir de la culpa del empresario por el mero hecho de que el accidente fuera laboral, el empresario responde. (Teoría del riesgo).²

La teoría del riesgo viene a decir que el que crea un riesgo al realizar una actividad tiene que responder en caso de accidente con independencia de la culpa. Al llevar a cabo una actividad de la que saca beneficio, y por lo tanto daño en este ámbito le hace responsable del perjudicado.

¹ Diccionario Jurídico Colombiano. Edit. Temis. Pág. 1876.

² CODIGO CIVIL ESPAÑOL!! SENTENCIA 13 de septiembre de 1985. El artículo 1384 corresponde al 1902 del C.C. español.

La idea fue desarrollándose por los tribunales franceses, utilizando el artículo 1384 del C.C. Francés y a partir de él en el resto del mundo hasta llegar a su utilización en las diferentes ramas del derecho y aplicación.

Fue así entonces, como se llega en Colombia a través de la historia a desarrollar un concepto de fuerza mayor, sin embargo como ya se dijo anteriormente vamos a tener en cuenta varios de los conceptos doctrinales que hay para al final concluir con uno concreto, amplio y conciso.

Cuando se habla de la producción del resultado de una situación normal de cumplimiento o pago intervienen dos factores:

- a) uno objetivo, que se concreta en la posibilidad efectiva de realizar la prestación
- b) otro subjetivo, que consiste en la disposición voluntaria del deudor para cumplir su obligación.

Si falta alguno de estos dos factores se produce el incumplimiento. Existen tres posibles situaciones de incumplimiento: cuando el deudor tiene culpa y cuando es por fuerza mayor.

Las consecuencias del incumplimiento imputable al deudor son:

- a) Subsiste la obligación

b) El acreedor puede exigir la indemnización de daños y perjuicios por la pérdida adicional que haya experimentado su patrimonio como consecuencia del incumplimiento³.

En cambio el incumplimiento no imputable al deudor es el que se produce sin intervención de su voluntad, por causa de algún suceso imprevisible o inevitable, que se denomina caso fortuito o fuerza mayor.

Teniendo en cuenta, entonces, que es una causa ajena al deudor podemos decir que la fuerza mayor "Es una causa de exclusión de la responsabilidad. Por consiguiente, aunque el sujeto haya sido el causante del daño o la persona a quien éste fuera imputable objetivamente, no existe responsabilidad por falta de culpabilidad, Sucesos que se producen fuera de la esfera de la actividad del sujeto"⁴.

Por otra parte, la noción de fuerza mayor o caso fortuito es definida por el artículo 1o. de la ley 95 de 1890 como "el imprevisto a que no es posible resistir", además, en el Artículo 2.4 de la Ley 142 de 1994 establece, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 365, 367 y 369 de la Constitución Política, la prestación continua e ininterrumpida de los servicios públicos, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan, lo que nos aclara una vez mas de manera clara el hecho de que la fuerza mayor exima al prestador del servicio de responsabilidad frente a un supuesto incumplimiento.

³ www.monografias.com

⁴ CODIGO CIVIL ESPAÑOL, SENTENCIA 13 de septiembre de 1985.

De lo dicho hasta ahora sobre las causas del incumplimiento se deduce que cuando depende de la voluntad del deudor, éste queda sujeto a las consecuencias y a la responsabilidad derivada de aquél; y cuando el incumplimiento deriva de circunstancias ajenas a su voluntad, no genera su responsabilidad para el deudor. Así resulta de la confrontación entre el hecho de que se impone la obligación de indemnizar daños y perjuicios a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, culpa inexcusable o culpa leve y que excluye de responsabilidad al deudor cuando el incumplimiento se ha originado por caso fortuito o fuerza mayor⁵.

Por fuerza mayor debemos entender entonces, aquel acontecimiento exterior que impide la ejecución del contrato. Cuando tal acontecimiento se produce tiene por efecto liberar al contratante de su obligación⁶, Es el acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar.

Generalmente se le atribuye esta cualidad a los acontecimientos naturales de los que se desprende un daño, y que la fuerza del hombre no es capaz de evitar. Pero se ha negado esta característica a los fenómenos físicos habituales en la zona en que se trate y de intensidad media. La fuerza mayor ha de ser probada para que pueda

⁵ Los principales contratos civiles, José Alejandro Bonivento Fernández, ediciones Librería del profesional, Santa Fe de Bogotá, 2000.

⁶ José Castán, Derecho Civil Español. Madrid 1941. Editorial Castellón.

ser apreciada⁷, sin embargo ha sostenido la doctrina nacional que no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen, ya que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho⁸.

De acuerdo con lo anterior, se concluye, en relación con la fuerza mayor o caso fortuito:

a) En cada caso concreto se debe analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho, para determinar si éste constituye o no fuerza mayor o caso fortuito.

b) Los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito deben ser alegados y probados por quien los invoca. Es decir, la carga de la prueba la debe soportar quien invoca tales hechos y no quien debe valorarlos.

c) No constituyen fuerza mayor o caso fortuito los hechos que acontecen frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, pero no la imposibilita.

⁷ Alessandri y Somarriva, curso de derecho civil, t. III, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1942, num. 726 Págs. 432 y SS.

⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de fecha noviembre 20 de 1989." (subrayado fuera de texto).

4.2 Elementos.

Al igual que muchos de los conceptos del derecho en general, la fuerza mayor y el caso fortuito también necesitan de unos criterios que deben considerarse para que se pueda decir que determinado hecho constituye dichas figuras.

Deben poseer estos, ciertos elementos que hacen de la fuerza mayor y el caso fortuito figuras realmente conformadas del derecho y los cuales a partir de dichos elementos reúnen unas características y surten efectos hacia el futuro en lo que a estas figuras se refiere.

4.2.1 Normativos.

Como lo consagra el artículo 64 de nuestro código civil colombiano, derogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, la fuerza mayor o caso fortuito se configura por la concurrencia de dos factores:

- a) Que el hecho sea imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia., es decir en el caso, situación que los contratantes no pudieron prever al momento de contratar⁹

⁹ Al respecto de este tema, estos hechos imprevistos deben ser independientes a la voluntad de las partes, sin embargo alteran las condiciones de la ejecución del contrato.

- b) Que el hecho sea irresistible o sea que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

4.2.1.1 CONCEPTO

En derecho civil, la fuerza mayor presupone un incumplimiento del contrato, es decir es el acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que se debía o era posible y lícito.

Aparece como obstáculo ajeno a las fuerzas naturales, que se opone al ejercicio de un derecho o al espontáneo cumplimiento de una obligación.

La fuerza mayor es una causal que exonera al prestador del servicio de responsabilidad. Cabe anotar que esta circunstancia debe ser probada por la entidad toda vez que a ésta le corresponde la carga de la prueba. En otras palabras, la imposibilidad por incumplimiento involuntario es el género y la fuerza mayor es una de sus especies y se le atribuye a los hechos del hombre que hacen que la prestación se torne imposible.

Generalmente se le atribuye esta cualidad a los acontecimientos naturales de los que se desprende un daño, el imprevisto a que no es imposible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

- Ajeno: Cuando el hecho no tiene relación alguna con el sujeto acusado.

-Imprevisto: Hechos que no pueden ser predichos.

-Insuperable: Hechos que resultan irresistibles; escapan del control del sujeto.

4.2.2 Jurisprudenciales.

La jurisprudencia se ha pronunciado de manera reiterada sobre la misma materia, de donde se destaca lo siguiente:

"Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1° de la ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor (...), deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito..."¹⁰

En cuanto al alcance de los elementos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, ha señalado la jurisprudencia:

¹⁰ **Conceptos.Creg - 2002 - C022744**, Radicación: CREG – 6652 de 2002, Bogotá D. C., 13 de agosto de 2002
MMECREG-2744.

"La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. ¹¹(...)

La fuerza mayor empleada como sinónimo del caso fortuito en la definición legal, releva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente.¹².

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 13 de 1962. Estos criterios fueron reiterados mediante sentencia de la misma Sala de la Corte, en sentencia de mayo 31 de 1965."

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 27 de 1974.

4.2.3 Doctrinales

La doctrina aparte de estructurar la fuerza mayor dentro de unas características claras como las de la jurisprudencia además analiza que elementos deben darse para su existencia:

- a. Los hechos que constituyen fuerza mayor deben ser alegados y probados por quien los invoca. Es decir, la carga de la prueba la debe aportar quien alega tales hechos y no quien debe valorarlos.
- b. Debe tratarse de hechos imprevisibles e irresistibles, y por tanto sobrevinientes; esto es, que su previsión escape en condiciones normales a cualquier sujeto y no a una persona en particular, y que además de no haberse podido prever, sea imposible evitar que el hecho se presente.

Además de esto para que el hecho pueda invocar la fuerza mayor basándose en la irresistibilidad, no solo se debe hacer teniendo en cuenta que hubo un hecho que no se pudo resistir; también es de considerar si aun cuando sucedió era posible cumplir con la obligación o al extremo era imposible cumplirla dándose el suceso respectivo.

Es decir, se trata no solo de resistirlo sino consiste en que el deudor responsable dispuso de todos los medios que estaban a su alcance con el fin de cumplir con la obligación determinada

pero no pudo lograr su objeto, a causa de factores externos a su esfera jurídica.

En cuanto a la imprevisibilidad, sucede lo mismo que con la irresistibilidad ya que no puede separarse nunca la causa de los efectos del fenómeno, sin embargo hay autores que no hacen diferencia alguna entre estas variantes y no se tiene en cuenta que aunque hoy en día se pueda prever un daño natural por ciertos avances, no es preciso aun así tener prevención en cuanto a sus efectos dañinos.

En síntesis con respecto a esto, pues, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.

- c. No constituyen fuerza mayor o caso fortuito los hechos que acontecen frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, pero no la imposibilita.
- d. Los hechos no deben ser atribuibles a la culpa, esto es, negligencia, descuido o impericia, de la persona que los invoca

Además de lo anterior la doctrina coincide además en que dichos elementos ya mencionados desde el punto de vista de la ley, pueden existir bien sea en la causa del fenómeno, o bien sea en su efecto.

Atendiendo a esto se afirma que “ los elementos de la fuerza mayor y el caso fortuito como lo son la imprevisibilidad y la irresistibilidad no pueden predicarse a priori, es decir que no puede afirmarse como en la antigüedad que un hecho sea fuerza mayor solo por la causa que lo produce, ya que por ejemplo: los avances científicos permiten desarrollar en que momento va a ocurrir un terremoto(hecho incluido por la ley dentro de los que encaja la fuerza mayor) y seria un hecho posiblemente previsible o no.”

Es por esto que en la doctrina se habla de una búsqueda de los elementos del caso fortuito y la fuerza mayor no solo en la causa del fenómeno sino en su efecto, ya que si observamos el ejemplo que nos cita el doctor Javier Tamayo Jaramillo¹³, de un terremoto en un edificio ya construido, podemos observar que debido a avances de la ciencia dichos ingenieros pudieron utilizar los mecanismos adecuados para evitar que por culpa de un terremoto se viniera abajo su edificio, sin embargo si dicho terremoto es superior a siete en la escala convencional y para ello no habían inventado dispositivos especiales, podríamos decir entonces que se invoca la fuerza mayor pero debido al efecto causado por dicho terremoto y no por la causa que lo produjo.

Por ultimo debemos hacer mención de que no solo la fuerza mayor y el caso fortuito deben ser imprevisibles e irresistibles sino que además debe ser inimputable a culpa del demandado.

¹³ De la Responsabilidad Civil, las presunciones de la responsabilidad y sus medios de defensa, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

Ante esto se debe resaltar que cuando se refiere a que el hecho debe ser extraño o exterior al agente no se refiere a un concepto de exterioridad físico sino a la esfera jurídica del agente.

Aclarado este punto podemos precisar que la fuerza mayor y el caso fortuito además de sus ya mencionados elementos debe ser exterior al agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito, no provenir de su culpa.

Siempre que cualquier parte de la esfera jurídica del agente se encuentra en relación con el daño, el demandado debe responder y no puede argumentar fuerza mayor, sin embargo como ya se ha dicho anteriormente se debe hacer distinción en cuanto a saber si esa imputabilidad de la culpa se puede producir en la causa del fenómeno, en sus efectos, o en una situación ajena al fenómeno mismo.

Para estos efectos, en la primera se tiene que observar que el agente no haya creado, por su culpa, el fenómeno imprevisible e irresistible; en la segunda se requiere que el agente resista y prevea el hecho y siendo así, la irresistibilidad y la imprevisibilidad significan la ausencia de la culpa del demandado.

5 FUERZA MAYOR FRENTE AL CASO FORTUITO

No toda la doctrina está de acuerdo en que el caso fortuito y la fuerza mayor sean una subespecie de la imposibilidad absoluta sobreviniente. Es más, muchos autores ni siquiera se refieren a ésta, sino únicamente al caso fortuito y a la fuerza mayor, quizás porque así lo haya considerado el Código civil francés.

Ahora bien, la doctrina, sin excepción, reconoce al caso fortuito y a la fuerza mayor como causales eximentes de la responsabilidad del deudor, aunque no existe consenso sobre si ambos términos son o no sinónimos.

5.1 DIFERENCIAS

En general, la doctrina clásica los distingue, y considera que el caso fortuito se refiere a los hechos de la naturaleza que hacen imposible la ejecución de la obligación, y la fuerza mayor a los hechos del hombre que hacen que la prestación se torne imposible. Aunque en un sentido más técnico, hay quienes explican que el caso fortuito son los hechos imprevisibles; y la fuerza mayor los hechos inevitables. Lo fortuito es lo que proviene del azar, o casualidad, que “es la combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar y

cuyas causas se ignoran. En cambio la fuerza mayor alude a la acción ajena incontrastable que la voluntad del deudor no puede superar”¹⁴.

Los efectos que producen estas eximentes son completamente distintos, porque sólo la fuerza mayor libera al deudor y no así el caso fortuito y exige, además, situaciones verdaderamente excepcionales para que exista la exoneración de la responsabilidad del deudor. Las estudia como tres requisitos. El primero es la *exterioridad del hecho*, o sea, que el evento dañoso sea ajeno a la actividad del deudor, por ejemplo: un terremoto, una erupción volcánica, una inundación, etc., de lo contrario se trataría de caso fortuito, el cual no es eximente de responsabilidad, porque por los siniestros y los hechos que ocurrieran en el entorno del deudor, vale decir, donde éste se desenvuelve y realiza su actividad, corren por cuenta suya. Otro requisito es que se trate de un hecho extraordinario, o sea, que sea excepcional y no así habitual y por último, exige como requisito que el hecho que origina la fuerza mayor sea notorio, o lo que es lo mismo, conocido por todo el mundo¹⁵.

Caso fortuito:

Es aquel suceso no imputable al sujeto, imprevisible o previsto pero inevitable que determina la causación de un daño. Por lo tanto para el caso fortuito debe concurrir:

¹⁴ LLAMBÍAS,1971:I:230

¹⁵ *Der Begriff der höheren Gewalt* cit., 7 ss

1. Que se trate de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del agente causante y, por ende, no imputable a él;
2. Que el acontecimiento sea imprevisto, o bien previsto pero inevitable;
3. Que entre el acontecimiento y el subsiguiente evento dañoso exista una relación de causalidad, sin que intervenga en esta relación como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente.

La fuerza mayor

Es el acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar.

Generalmente se le atribuye esta cualidad a los acontecimientos naturales de los que se desprende un daño, y que la fuerza del hombre no es capaz de evitar. Pero se ha negado esta característica a los fenómenos físicos habituales en la zona en que se trate y de intensidad media. La fuerza mayor ha de ser probada para que pueda ser apreciada.

No obstante de que existen autores que los diferencian, entre los que se pueden citar: Demolombe, Marcadé, Josserand, Colin y Capitant, Exner, Hedemann y Machado entre otros; la doctrina moderna, incluyendo a Llambías, Cazeaux y Abeliuk, consideran que ambos

términos son sinónimos, ya que tanto lo fortuito como la fuerza mayor producen el mismo efecto –exoneración de la responsabilidad del deudor –.

Sin embargo si partimos en algún momento del supuesto de la similitud de tales conceptos también habría que agregar a esto que si bien tienden a parecerse, en cuanto a los requisitos se debe hacer un alto para referirse a que ambos requieren de unas características que no pueden ni deben omitirse para su ocurrencia o para que tales hechos deban ser encajados en los mencionados conceptos, de los que se indica índica que sea cual sea el caso, “debe constituir un obstáculo imprevisible, general (salvo cuando se trata de la ejecución de un hecho personal), absoluto y algunas veces definitivo¹⁶.

Se puede observar además por sus características ya mencionadas y por la opinión conjunta de algunos autores y expertos que si bien hay diferencias claras entre estas dos se caracterizan así mismo por representar una especie de imposibilidad objetiva, total y permanente, lo cual los pone en un plano similar en cuanto a efectos se refiere; porque si se analiza refiriéndose a causas y efectos, se ve claramente que en cuanto a causa que lo produce puede según la doctrina existir algunas diferencias, sin embargo sus efectos son semejantes, o por lo menos en lo que a contratos se refiere, ya que simplemente exonera de responsabilidad al deudor sin mas complicaciones.

¹⁶ BORJA, 1970: II: 108.

De lo anterior se debe tener en cuenta que si bien es cierto que la doctrina tiene sus controversias radicales acerca del tema, nuestro código civil colombiano nos presenta las figuras en un mismo plano y si analizamos el artículo vemos que se presenta a la fuerza mayor y al caso fortuito como conceptos iguales sin ninguna diferencia o al menos visible, ya que nos demarca los dos conceptos y los entrelaza con el conector “o”; disyuntiva que no excluye ni a lo uno ni a lo otro del concepto que se da a continuación de tal mención, es decir que lo que se dice a continuación las palabras caso fortuito “o” fuerza mayor vienen a emplearse para los dos, o van a ser empleadas tales características a continuación mencionadas para ambos casos, poniéndolas en similitud de condiciones en cuanto a sus consecuencias en el derecho y requisitos para que existan en el mismo.

Es de resaltar que si a lo largo de este escrito hemos mostrado diferencias y similitudes que nos muestra la doctrina nacional e internacional en el concepto que nos da nuestro código civil Colombiano no se muestran tales diferencias, es más, nos muestran estos conceptos llamándolos distintos pero empleando un mismo concepto para los dos "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público...",¹⁷ sin embargo se debe observar que este concepto es generalizado y no específico para las

¹⁷ Ley 95 de 1890, Artículo 1o

diversas ramas del derecho, y para este efecto debemos remitirnos a las leyes que regulan sus diversas aplicaciones en cada materia.

6. EVENTO EXCUSABLE

Este concepto entra a hacer parte del concepto que hemos manejado a lo largo del escrito en el momento en que diferenciamos estos tres tipos de hechos que pueden imposibilitar el cumplimiento de la obligación, sin embargo no todos los autores identifican este concepto dentro de los eximentes de responsabilidad como si es el caso de la fuerza mayor o el caso fortuito, pero de igual manera se menciona su existencia en este campo.

6.1 CONCEPTO

Es cualquier acto o hecho que impida, total o parcialmente, el cumplimiento por la Parte afectada de cualquiera de sus obligaciones, o cualquier condición que deban cumplir bajo este Acuerdo, si dicho acto o hecho escapa de su control razonable a pesar de su dedicación y diligencia para impedir, evitar o mitigar los efectos de dicho acto o hecho. Dichos actos o hechos podrán incluir, sin limitación, emergencia, explosión, incendio, epidemia, avalancha, rayo,

terremoto, inundación o condiciones meteorológicas inusuales, accidentes, actos de enemigo público o guerrillas, guerra, bloqueo, insurrección, desorden, disturbio civil, defecto de equipos, huelga u otras dificultades laborales, imposibilidad e obtener materiales, provisiones, repuestos, equipos, restricción o limitación impuesta por Ley Aplicable u orden de autoridad competente y es a esto lo que se conoce con el nombre de evento excusable.

Tan pronto como la Parte afectada por un Evento Excusable o sus efectos, que hagan imposible el cumplimiento de las obligaciones de una Parte bajo el Acuerdo, tome conocimiento del mismo, deberá notificar a la otra parte de la ocurrencia de tal Evento Excusable y sus efectos así como de su terminación.

Un Evento Excusable releva a la Parte incumplidora del pago de daños, penalidades y otras sanciones contractuales mientras el Evento Excusable subsista. Cada Parte se hará cargo de los costos y gastos que incurra como consecuencia del acaecimiento de un Evento Excusable.

Sin embargo y teniendo en cuenta lo anterior, si el Evento Excusable subsiste por más de tres (3) meses, cualquiera de las Partes tendrá derecho a terminar el Acuerdo, sin que quepa a la otra derecho a pago alguno.¹⁸

¹⁸ RESOLUCION MPFIP y S N° 185/04 – “FIDEICOMISO DE GAS”

6.2 ELEMENTOS

Con respecto a los elementos del evento excusable es necesario invocar a la fuerza mayor y el caso fortuito ya que guardan especial relación en cuanto a los requisitos conformadores del concepto en mención, y le dan cabida dentro del mundo jurídico.

Como ya lo hemos afirmado en anteriores ocasiones para que un hecho se presente como liberatorio de responsabilidad, debe reunir los siguientes requisitos:

1. Que sea exterior al demandado.
2. Que sea imprevisto e imprevisible.
3. Que sea imposible de evitar.

Cabe resaltar en el caso del evento excusable que para que se den estos requisitos debe aun cuando se cumplan los mismos demostrarse que se fue diligente en el momento de impedir, evitar o mitigar los actos que lo contienen en su definición; que debe escapar totalmente de todo control razonable a pesar de su dedicación para que no se llevara a cabo.

Se observa además en cuanto al evento excusable que pese a que están incluidos dentro de sus hechos significativos y de posible ocurrencia la imposibilidad de conseguir materiales, equipos, imposiciones de ley, disturbios laborales, etc., esto no quiere decir

que se limite a las mismas para que un hecho incurra o se enmarque dentro de un evento excusable.

Ahora bien, si observamos detenidamente la ley no conceptualiza el evento excusable y la jurisprudencia apenas lo nombra en algunas ocasiones para complementar ola fuerza mayor y el caso fortuito; pero no en un ámbito apartado en su totalidad sino como parte conformadora de aquellos, lo que quiere decir que es esta la razón por la que coinciden en dar enfoque jurídico con respecto a la fuerza mayor y el caso fortuito así como igualan los elementos requisito del marco de los anteriores conceptos citados con el de evento excusable; lo que daría cabida a concluir que el evento excusable goza de los efectos que sus condiciones mismas lo indican y que forman parte de las exclusiones de responsabilidad en el derecho colombiano, pero que no son tan mencionadas por su doctrina, no por ser menos importantes sino porque encuadran perfectamente dentro del concepto de fuerza mayor y caso fortuito.

7. FUERZA MAYOR CONTRACTUAL

Para tener noción de lo que representa en el contrato la fuerza mayor o el caso fortuito hay que tener como primera medida un concepto claro de lo que es el contrato como tal; y que más representación de lo que se trata que la que nos muestra nuestra ley Colombiana mediante su Código Civil en el artículo 1495 “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...”

De dichos contratos surgen como se puede observar ciertas obligaciones a las cuales se debe cumplir partiendo de lo pactado; y es precisamente en el incumplimiento de esta obligación que se genera cabida a nuestro tema ya que son eximentes de responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones pactadas.

7.1 CONCEPTO

Con respecto al concepto de la fuerza mayor, pero referida a la rama civil del derecho y más específicamente a los contratos, surgen algunas variantes que nacen de este vinculo que se forma al consentir una obligación con otra persona, (natural o jurídica) al iniciar una relación jurídica que comprometa a las partes.

Como es de saberse en el momento en que se da curso a un contrato de cualquier tipo se corre con un riesgo; el cual las partes deben asumir.

Este riesgo se ve asumido con respecto a dicha obligación en el momento en que se dé un incumplimiento, sin embargo para el tema a tratar se debe aclarar que existen dos clases de incumplimiento:

- a) El que depende de la voluntad del deudor, es decir que se da la intervención del hombre en el desarrollo de dicho incumplimiento.

- b) Cuando no depende de la intervención de ninguno de los obligados.

En esta instancia es en donde interviene la fuerza mayor, ya que es una de las razones por las que se incumple la obligación sin intervención del deudor, ya que este no tiene ni la intención, ni la voluntad de hacerlo sin embargo ocurre¹⁹.

Se presenta esta, cuando el origen del daño nos es imputable ni físicamente ni fenomenológicamente a la parte obligada responsable y tampoco a la que perjudica, ocurre por un hecho de nadie²⁰.

Sin embargo en términos contractuales se refiere a una causa extraña, el hecho exclusivo de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima, que en responsabilidad contractual es el acreedor, que no son mas que especies de fuerza mayor o causa extraña, dadas sus particularidades y sus requisitos para poder tener poder liberatorio de responsabilidad.

¹⁹ En relación con este punto debe tenerse en cuenta que en la fuerza mayor, como no hay voluntad y el hecho no se puede resistir, no produce entonces los efectos de otras figuras operantes como la de la mora y por consiguiente no hay lugar a indemnización de perjuicios.

²⁰ Las reglas relativas a la fuerza mayor no tienen un carácter de orden público: el contrato las puede modificar, puesto que puede delimitar libremente el contenido de la obligación. O bien el deudor asume convencionalmente la carga de la fuerza mayor, o bien, a la inversa, se conviene que el deudor será exonerado por causas distintas de la fuerza mayor, especialmente enumeradas en el contrato. Del mismo modo, el contrato puede dar una definición de fuerza mayor más amplia que la que emplean habitualmente los tribunales. Estas cláusulas son válidas, siempre que no toquen la esencia del contrato y no confieren al deudor la facultad discrecional de no ejecutar, caso en el que constituirían una condición potestativa prohibida. MALAURIE et AYNES. Les obligations, cit., n.º 828, p. 485.

7.2 ELEMENTOS

Haciendo énfasis en los contratos igualmente se dan unos elementos esenciales para la existencia de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad en el incumplimiento de un contrato por alguna de las partes.

En este punto, se debe mencionar que siendo una circunstancia imprevisible, “no existe entonces patrimonio distinto al del perjudicado que deba cargar con sus consecuencias²¹.”

Por otro lado, la palabra irresistibilidad también debe ser tenida en cuenta como una imposibilidad de sobrepasar el obstáculo que sobrevino²².

Sin embargo para la contratación y en el caso de este elemento, debe darse la dificultad o la imposibilidad pero esta debe ser irresistible en sentido general y no para un caso particular. Ni debe tener poder liberatorio pues no se encaminarían ni encajarían en la fuerza mayor.

Al igual que en este caso la imprevisión no debe ser referida a un agente, medio o causante en especial, ni ser repetitivo ya que entonces puede ser que su ocurrencia sea probable.

²¹ Responsabilidad civil extracontractual, Gilberto Martínez Rave, Temis Editorial, Santa Fe de Bogotá, 1998.

²² Cfr.cas. de 26 de mayo de 1936, XLIII, 585 y s.: “Si no se previo el accidente, pero se le puede resistir, no habrá fuerza mayor. Si es irresistible pero debió preverse, tampoco lo habrá”; cas. De 20 de Noviembre de 1989, T. 2435, 93: los elementos de la fuerza mayor son concurrentes, así, no se configura cuando, a pesar de ser irresistible no fue imprevisible.

Por ultimo cabe resaltar que en el evento en que se cumplan en las circunstancias los elementos o requisitos pero haya un nexo causal con la culpa de la víctima u otro acontecimiento, el causante del daño no se libera de la responsabilidad²³.

Se puede concluir entonces que Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera la fuerza mayor". (Sentencia de 31 de agosto de 1942, LIV, 377). Idéntica conclusión se ofrece, dice la Corte, cuando siendo imprevisible el acontecimiento, se le puede resistir. (Cas. Civ. de 26 de mayo de 1936, 584). Sí solo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen.

7.3 APLICACIÓN

Como ya lo mencionamos la fuerza mayor exime de responsabilidad a la parte obligada, puesto que es un hecho en donde no cabe de ninguna manera la culpa.

²³ OSPINA FERNÁNDEZ. El régimen general de las Obligaciones, cit, n.º 156, p. 107, comenta que "esta imprevisibilidad de la fuerza mayor es una cuestión de hecho que el juez debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento o, por el contrario, su rareza y repentinidad: si tal acontecimiento es frecuente y, mas aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye fuerza mayor, porque el deudor razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo, de no creer que podía evitarlo".

Para dar aplicación a la fuerza mayor y caso fortuito debemos desentrañar conceptos necesarios para aclarar posiciones: En cuanto a los requisitos no se debe confundir la dificultad con la imposibilidad porque el hecho de que se genere una simple dificultad no libera al deudor de su responsabilidad, así el cumplimiento de la obligación resulte más oneroso; además de que dicha imposibilidad tampoco es necesario que sea sobrehumana, sino que basta con que sea razonable y de acuerdo a las circunstancias presentadas, es decir basta con que la imposibilidad sea normalmente superable teniendo en cuenta las condiciones de la vida.

Hechas estas aclaraciones es de interpretar que en cuanto al carácter superable o irresistible del evento, se debe entender razonablemente, es necesario, pero suficiente que el evento sea tal que no se puede reprochar en el caso del contrato de transporte al medio normalmente diligente el no haber previsto y evitado las consecuencias dañinas, es decir que "... la fuerza mayor es el nombre que se le da al evento que ha impedido al deudor obtener el resultado buscado, aunque haya aplicado la diligencia debida."²⁴

Como podemos observar entonces, la concepción moderna de la fuerza mayor no exige circunstancias absolutamente extraordinarias en cuanto al contrato para poder encuadrar en el concepto.

²⁴ EL CONTRATO DE TRANSPORTE, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, EDITORIAL TEMIS, BOGOTA, COLOMBIA, 1991

En lo que al contrato se refiere la doctrina y sus autores coinciden en que se habrá demostrado la fuerza mayor cuando se demuestre la causa del daño y que se puso toda la diligencia y cuidado necesarios para evitar los efectos de ese fenómeno dañino, y que pese a ello, el daño se produjo.²⁵

En este punto se debe tener en cuenta además el contenido de la obligación para determinar si el hecho debe considerarse o no como irresistible y en el caso del contrato de transporte, saber que era lo que el destinatario o el remitente, según el caso podían esperar del medio de transporte para que este resistiese los efectos dañinos.

En consecuencia de esto, en este contrato se deben mirar factores como la voluntad de las partes al celebrar el contrato y las demás circunstancias que rodearon al mismo. El grado de resistibilidad exigible varía en cada contrato, según la naturaleza de la mercancía y los medios dispuestos para tal envío.

También para poder contemplar en el contrato de transporte la posibilidad de la fuerza mayor o el caso fortuito hay que tener en cuenta que la situación política y social del país es influyente en gran cantidad para la ocurrencia de cualquier acto que impida el cumplimiento de la labor u obligación estipulada y siempre habrá la posibilidad real de que se altere el resultado del envío y sin embargo nunca se estará preparado para una situación violenta de este tipo por lo que de igual manera así se tenga conocimiento es imposible no preverla pero si resistirla.

²⁵ ROBERT ANDRÉ, *Les responsabilités*, Bruselas, 1981.

Entrando en el tema de la culpa ahora, con relación al contrato hay que partir del hecho de que la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato a cabalidad, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento, cuando el hecho así señalado es de los que el deudor estaba obligado a prever o a eludir. No se convierte en caso fortuito o fuerza mayor sino cuando se ha probado que no obstante aquellas precauciones, fue imposible evitar el suceso.

Si bien no debe tener culpa el deudor también debe cerciorarse que los mecanismos de guarda que emplea son los más eficaces, es decir que, en el ejemplo de una falla mecánica o vicio en el medio transportador no se exonera de responsabilidad ya que casi siempre se trata de un fenómeno que no cumple con los requisitos de irresistibilidad y exterioridad a la culpa del deudor. En muchas ocasiones es el quien debe cerciorarse de la calidad del medio; no obstante si es por causa externa que el medio falla, es decir un petardo en su interior o violencia que cause alteración o falla mecánica ya estará cumpliendo con los requisitos y entra a encajar dentro del caso fortuito o fuerza mayor.

Es lo mismo que ocurrirá con los actos violentos o subversivos y el hecho exclusivo de terceros, para los que no se requiere el especial cuidado del directamente involucrado en el cumplimiento de obligaciones estipuladas en un contrato.

Para concluir hay que destacar que en cuanto a los contratos se hacen exigencias a grandes rasgos como las que mostramos

anteriormente, sin embargo cada parte o cada persona interesada (natural o jurídica) tiene exigencias específicas las cuales deben ser acatadas y respetadas una vez se pacte su cumplimiento.

Con respecto a la fuerza mayor no iba a ser la excepción ya que cada persona puede o no tener en cuenta el hecho de que exista la posibilidad de un evento que altere el cumplimiento de la obligación; es por esto entonces, que se estipula en ciertos contratos su existencia y en casos concretos formas como:

- “En caso de que se presenten circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que afecten de manera directa las obligaciones del Contrato, el cumplimiento de estas obligaciones serán suspendidas durante el tiempo en que persista la fuerza mayor o caso fortuito.
- La Parte afectada por la fuerza mayor o caso fortuito, notificará a la otra Parte de tal situación, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al momento de su ocurrencia, comprometiéndose a remitir todos los detalles dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.
- Para efectos de este Contrato, la fuerza mayor y el caso fortuito significarán, cubrirán e incluirán, entre otros, los siguientes actos, hechos o sucesos anormales cuando sean imprevisibles e irresistibles siempre y cuando sean ajenos a las Partes y ocurran sin su culpa o negligencia, debidamente comprobados tales como:

a) Hechos de la naturaleza incluyendo, deslizamientos de tierra, huracanes, inundaciones, avalanchas, rayos, terremotos, incendios, maremotos, naufragios, desastres en transporte terrestre, aéreo, férreo, fluvial y marítimo.

b) Actos o ausencia de actos del gobierno o de la rama legislativa o judicial competente incluyendo, leyes, acuerdos, ordenanzas, órdenes, reglamentos, decretos, sentencias, acciones judiciales, regulaciones, emisión, renovación o confirmación de permisos y licencias, que directamente contribuyan o resulten en la imposibilidad de alguna de las Partes para cumplir con sus obligaciones o que lesionen grave e injustamente los intereses de una o ambas Partes o comprometan en forma grave su capacidad financiera.

c) Actos de desorden civil incluyendo guerra, bloqueos, insurrecciones, motines, protestas en masa y acciones de las fuerzas militares relacionadas con o en respuesta a algún acto de desorden civil.

- Para efectos de este Contrato, un evento excusable será cualquier acto violento de parte de un tercero, incluyendo, sin limitarse, actos guerrilleros o terroristas, que cause daños al Sistema o a las Instalaciones del REMITENTE en cada Punto de Salida, o que interrumpa o retrase el cumplimiento de las obligaciones de las Partes.
- La Parte afectada por la fuerza mayor o caso fortuito deberá realizar todas las diligencias razonables que se requieran para

reanudar tan pronto como sea posible el cumplimiento de las obligaciones del Contrato. Así mismo deberá hacer esfuerzos para minimizar o mitigar cualquier retraso o costos adicionales que pudieran ocasionarse.”²⁶

Por lo anterior nos podemos dar cuenta que en Colombia aun cuando se tiene en cuenta por la vía legal reglamentada la noción de fuerza mayor y caso fortuito nuestras empresas y diferentes organizaciones también adecuan sus contratos y enuncian en ellos el concepto, cuestión que deja claro que son hechos que pueda que existan sin embargo si no se pueden evitar, esto también esta reglamentado.

²⁶ Sección I – ESTF Contrato de Transporte de Gas Natural
Servicio de Transporte en Firme

CAPITULO II

8. CONTRATO DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL

En el presente capítulo se realiza la descripción del contenido general del contrato de transporte de gas natural. Identificando los requisitos de validez y existencia en la celebración del contrato, verificando el cumplimiento de la regulación efectuada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG -, por parte de la empresa transportadora y del remitente, teniendo en cuenta que estos últimos son las partes dentro del contrato en referencia.

8.1 CONCEPTO

El contrato en general, es definido como “Un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta.”²⁷

También podemos decir que el contrato de transporte “es aquel en el que una persona se obliga con otra, a desplazar una persona o cosa,

²⁷ Artículo 864 del Código de Comercio

bien sea de un lugar a otro, bien sea saliendo y llegando al mismo lugar”.²⁸

A su vez encontramos la definición del Contrato de Transporte como “un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregas éstas al destinatario”²⁹. Cuando habla del acuerdo de dos o más personas se refiere a que dos partes recíprocamente o solo una de ellas promete y se obliga para con la otra de darle alguna cosa, a hacer o no hacer una cosa. Teniendo en cuenta que las partes se denominaran por un lado transportador y por el otro el remitente. Sin embargo, no debe obviarse que el destinatario hará parte cuando acepte el respectivo contrato.

Forman parte del contrato de transporte, el transportador, es decir, la persona que se obliga a recibir, conducir y entregar las cosas objeto del contrato. El remitente o la persona que se obliga por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas para la conducción, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos; y finalmente, el destinatario, entendido como aquella persona a quien se le envían las cosas. El destinatario puede ser al mismo tiempo remitente.

En el Contrato de Transporte el Transportador se obliga cuando son cosas a conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario;

²⁸ Lamy Transport, Bajo la dirección de M. Pierre Brunat, Ed. LAMY S.A. Paris, 1989.

²⁹ Artículo 981 del Código de Comercio

También es importante el compromiso que tiene en entregar la cosa en el tiempo determinado y el medio de transporte previsto.

Solo se podrá exonerar de responsabilidad al Transportar por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si se logra probar que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y que se halla adoptado todas las medidas razonables las medidas necesarias que hubiera tomado según las exigencias de la labor desarrollada para evitar el perjuicio de su agravación. Las cláusulas que se pacten en el contrato donde se exonera total o parcialmente de las obligaciones del Transporte no surtirán efectos. La responsabilidad cesa cuando el viaje haya concluido. Los Contratos de Transporte no se extinguen por la muerte de las partes, ni por la disolución de la persona jurídica que sea parte del contrato.

Así como el Transportador tiene sus obligaciones también las tiene el remitente y se pueden resumir en suministrar antes del despacho de las cosas, los informes y documentos que sean necesarios para el optimo cumplimiento del transporte y las formalidades de policía, aduana, sanidad y condiciones de consumo. Y Se obliga con el Transportador a responderle por los perjuicios o irregularidades de dichos informes y documentos, salvo cuando la falta de los documentos recibidos sea imputable al transportador, a sus agentes o dependientes.

Ahora bien, como ya lo dijimos anteriormente el destinatario hará parte de dicho contrato, cuando acepte la cosa que va a recibir y solo

en ese momento será un nuevo miembro de dicho contrato, pero éste no tendrá responsabilidad alguna con respecto del cumplimiento del contrato.

Con lo anterior ahora si podemos decir que el contrato de transporte de gas natural es aquel que suscriben las partes para la prestación del servicio de transporte Interrumpible de gas natural con puntos de entrada y salida determinados previamente.

También hay que tener en cuenta que todo contrato tiene un objeto y el de éste contrato es la prestación del servicio de transporte de gas natural por el sistema de transporte de conformidad con los términos y condiciones pactadas por las partes intervinientes. El gas natural transportado debe satisfacer las condiciones de calidad establecidas en el Reglamento Único de Transporte - RUT, y en las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

8.2 ELEMENTOS ESENCIALES

Para lograr avanzar en el concepto mismo del contrato de transporte de gas natural, es necesario identificar los elementos esenciales de dicho contrato, que para el caso, serán exactamente los mismos, que los de un contrato de transporte cualquiera y estos son: El precio y la obligación del transportador³⁰.

³⁰ De os negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Bohórquez, Antonio. Ediciones Doctrina y ley, Pág. 219

- El Precio: Es el valor de mercado de los bienes, medido en términos de lo que un comprador está dispuesto a dar para obtenerlos. Normalmente, los precios se expresan en función de una cantidad de dinero —de hecho, la principal razón por la que se utiliza el dinero reside en su utilidad para reflejar el valor de los precios—, pero en los sistemas de trueque los precios vienen dados por el valor de un bien en relación con otros bienes que, a su vez, tienen un determinado valor, por lo que todos los precios de todos los bienes y servicios se determinan mutuamente sin que intervenga el dinero. Los precios son el principal mecanismo de ajuste de la oferta y la demanda, ya que el precio de cualquier bien, en una economía de libre mercado, tiene que alcanzar el punto donde se equilibre la producción y el consumo: este precio de equilibrio refleja el punto donde concuerda lo que los productores o prestadores de un servicio pueden costear y lo que los consumidores de un producto o servicio están dispuestos a pagar³¹.
- La obligación del transportador: En general las obligaciones de los transportadores, se limitan al traslado de una cosa o persona de un sitio a otro, pero para este caso, es necesario hablar del transporte por medio de tuberías, entendido en la práctica como la conducción de fluidos. Q sirve de ayuda en la explotación creciente de los yacimientos de hidrocarburos; q inicio a finales del siglo XIX en Estados Unidos cuando se comenzó a transportar el crudo desde los campos petrolíferos

³¹ Diccionario Económico. Edit. Mc Graw-Hill. 2003

hasta los centros de refino, consumo y puertos de embarque, a través de tuberías de gran diámetro y longitud llamadas oleoductos. Desde entonces, este tipo de transporte ha experimentado un notable auge. Las tuberías recorren grandes distancias en tramos que pueden ser superficiales, subterráneos o submarinos, y en su recorrido incorporan estaciones de distribución, impulsión o bombeo y otras llamadas ventosas, encargadas de eliminar el aire que se puede acumular en el interior del conducto entorpeciendo la circulación del fluido.

Del transporte de crudos se pasó al de carburantes refinados, como la gasolina y otros líquidos con densidad y viscosidad adecuadas para ser impulsados por una tubería. Con la explotación industrial de los yacimientos de gas natural surgió el problema de su transporte, y así se crearon nuevas redes de tuberías a las que se denominó gasoductos. Generalizando para otros posibles productos, el transporte por tubería engloba todos estos medios de transporte³².

8.3 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Estos son los que se dan para el nacimiento del contrato mismo, son de tipo naturales, es decir que van dentro de la esencia del contrato, es así, como podríamos decir que sin estos elementos el contrato no

³² Enciclopedia Encarta 2005.

existiría, sino que sería un mero documento cualquiera, menos un contrato de transporte de gas natural, estos son:

- La voluntad o consentimiento: Usada desde los inicios del derecho romano, pues en Roma ya existía numerosas cláusulas de contractos, pero no una categoría general de contrato, y los demás acuerdos eran nudum pactum, es decir, sin ninguna eficacia jurídica. Más tarde se logró dar cierta eficacia jurídica a los simples acuerdos mediante formas solemnes, como la stipulatio, tipo de promesa sometida a reglas muy estrictas. En este mismo sentido apareció la forma literal, por la cual se inscribía en el libro de contabilidad doméstica del deudor la obligación, y la forma real, por la que al entregar un bien surgía la obligación de restituirlo. Todo lo anterior no son más que ritos y procedimientos usuales, que otorgaban una vinculación jurídica a la obligación que mediante ellas se constituía, pero esa vinculación provenía de la forma, y no del propio acuerdo de voluntades. Con los años se concretaron y especificaron en Roma los contenidos contractuales, que eran los más básicos para una sociedad como la romana: compraventa, arrendamiento de bienes y servicios, mandato y sociedad. Junto a ellos se desarrollaron los contratos innominados, que podían estar dentro de alguna de estas clases: do ut des, facio ut facias, do ut facias y facio ut des. En este momento de la historia seguía sin perfilarse la figura del contrato y sólo podemos hablar de contenidos contractuales, unos típicos y otros innominados, pero en ningún caso la voluntad era suficiente para obligarse, pero si era fundamental en la creación

de los contratos³³; con esto podemos observar que la voluntad en el transcurso de los tiempos, siempre ha sido básica en la creación de cualquier tipo de contrato, pues es la manifestación que tienen los contratantes al momento de realizar el contrato. Ahora bien, no es suficiente hablar de la voluntad por sí sola, sino también del consentimiento o acuerdo de voluntades que por su etimología proviene de sentire cum: sentir juntos, querer la misma cosa. En materia contractual el consentimiento es un requisito básico del contrato, y supone: una pluralidad de partes con capacidad para contraer un acuerdo, que forman una única voluntad contractual (unión de las voluntades singulares que deben ser libres y conscientes) y se manifiesta a través de una declaración expresa y tácita, de tal forma que exista concordancia entre la voluntad interna y la declarada. La capacidad para prestar consentimiento no es universal, habiendo siempre restricciones que suelen englobar a los menores no emancipados, sordomudos que no sepan leer o escribir, y a los locos o dementes, por considerarse en todos estos casos que el consentimiento no puede ser del todo libre y consciente. Por otro lado, también hay una serie de supuestos en los que se excluye el consentimiento por existir una divergencia entre la voluntad interna (lo querido en realidad) y la voluntad declarada, como son: el error, la violencia física irresistible y la declaración emitida sin seriedad o con reserva mental. Hay otro conjunto de supuestos en los que, aun habiendo perfecta concordancia entre lo que se quiere decir y lo que se dice, se entiende que el consentimiento ha sido viciado

³³ Compendio de derecho romano. Ortolan Manuel. Pág. 362. Buenos Aires. 1990

por error, intimidación (al inspirar en uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en su cónyuge o parientes si no contrata), o por la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas para inducir al otro contratante a celebrar el contrato³⁴.

- Objeto: es la razón misma de existir de dicho contrato, es decir el por que las partes contratan en busca de un fin, que para el caso podemos decir que se busca el transporte de una cosa (Gas) de un lugar a otro, para así suplir necesidades de ubicación del producto específicamente hablando del gas.
- Modo: es la manera que tienen los contratantes de expresar su querer, es decir que es la materialización de la intención misma de contratar a través de una manera específica, o una formalidad. El modo en este caso, se da a través de la realización de un contrato, podemos decir que es la exteriorización del contrato, es la ritualidad ostensible, es el conjunto de ritos y formalismos que precisa el negocio mismo, bien sea que la ley los elija con un propósito definido o que los mismos negociantes hayan querido colocarlos para revestir de formalidad su contrato y satisfacer así, necesidades personales de seguridad o de prueba, se puede decir que el modo es el ropaje o el empaque del contrato mismo.

³⁴ Diccionario Básico de Términos Jurídicos. Madrid Malo, Mario. Pág. 119. Edit Temis. Bogota 1990

8.4 ELEMENTOS DE VALIDEZ

Estos elementos son los que permiten que el contrato de transporte de gas natural, nazca a la vida jurídica, es decir que se entienda como un contrato valido, sin vicios de ninguna índole, estos son:

- Capacidad de los contratantes: Es la calidad de capaz que deben tener los contratantes para contraer obligaciones en una relación contractual, es así como existen varias incapacidades como es el caso de la minoría de edad, situación en la que se encuentra quien todavía no ha cumplido la edad que la ley considera necesaria para la obtención de la emancipación por mayoría de edad. El menor de edad tiene una capacidad de obrar limitada, pues aunque hay actos que la ley puede permitirle celebrar por sí sólo (por ejemplo, otorgar testamento a partir de una determinada edad), la regla general es que el menor de edad se encuentre bajo la patria potestad de sus padres o, en su defecto la guarda de un tutor. Unos u otro le representarán para todos los actos que la ley no le permite llevar a cabo por sí mismo. A pesar de su situación, la ley no ignora que el menor, según su edad y condiciones de madurez, puede realizar actos eficaces en el ámbito jurídico. Así, puede aceptar donaciones puras (que no impliquen obligaciones por su parte o estén sometidas a condición), ejercitar derechos de la personalidad (firmar una obra literaria o una partitura musical de las que sea autor), adquirir la posesión de los bienes o reconocer hijos. En no pocos supuestos de crisis

matrimonial de sus padres, la situación de persona necesitada de una especial protección da derecho al menor a ser oído en las cuestiones que le puedan afectar. Bastantes legislaciones le permiten también otorgar testamento o contraer matrimonio a partir de una determinada edad (o hacerlo si se les dispensa el impedimento de edad por la autoridad competente), ser testigos en un contrato o administrar los bienes que adquieran con su trabajo o industria. Los actos que lleve a cabo un menor de edad, sin tener capacidad para ello, son impugnables por sus representantes legales o por él mismo cuando alcance la mayoría de edad. Pero no son radicalmente nulos, pues mientras no sean impugnados, son considerados válidos por el Derecho. El menor de edad puede ser emancipado por decisión de quienes ejerzan la patria potestad o por decisión judicial. En tal caso, será considerado mayor para actuar en la vida, pero seguirá requiriendo la actuación de sus representantes legales para llevar a cabo algunos actos señalados por la ley, y que pueden entrañar riesgo (por ejemplo, vender un bien inmueble)³⁵.

Pero no solo es con respecto de los menores de edad, sino también de los incapaces declarados en un proceso de interdicción judicial, ya que quien se encuentre en un estado de incapacidad puede ser sometido a un juicio de interdicción judicial. Serán los parientes más próximos, el cónyuge, e incluso el ministerio público, quienes tengan que instar el procedimiento. A lo largo del mismo, el juez puede, en los casos

³⁵ Derecho Civil. Valencia Zea, Arturo. Pag. 128. Edit Temis. Bogota. 1994

graves, determinar el internamiento del incapaz en un centro asistencial de carácter psiquiátrico.

Una vez pronunciada la sentencia de incapacitación, el incapaz adquiere un nuevo estado civil, muy semejante en numerosos puntos al que tiene el menor de edad, pues, si el menor de edad se encuentra sometido a la patria potestad de sus padres, y, en su defecto, a la guarda legal de su tutor (de modo que unos y otros son sus representantes legales para todos aquellos actos que el menor no puede realizar por sí sólo), el incapacitado es colocado por la sentencia bajo la representación y guarda de un tutor. La diferencia suele radicar en que el estado del menor de edad es descrito por la ley de modo común para todo menor, mientras que el estado de incapacitación puede ser regulado por la sentencia de interdicción, que en atención al grado de discernimiento del incapacitado, dirá qué actos puede realizar éste por sí mismo, cuáles son los que requieren ser llevados a cabo por el representante y cuáles precisan mera asistencia del guardador.

De los daños que cause el incapacitado a terceras personas responde el tutor legal si hubo por su parte culpa o negligencia en el cuidado de la persona, lo mismo que de los daños que causan los menores de edad responden sus padres o tutores. En cuanto a los actos y contratos que no pueda llevar a cabo por sí sólo, bien porque lo prohíbe la sentencia de incapacitación, bien porque es la ley quien no lo permite, pueden ser anulados. Si se trata de contratos, sólo el

representante del incapaz, o él mismo cuando recupere la capacidad, pueden impugnar el contrato, pero nunca la persona que contrató con él.³⁶

- Objeto Lícito: Es el objeto del contrato, es decir, el objeto sobre el cual recae el contrato mismo, para el caso es el Gas Natural, y que es necesario que dicho objeto, provenga de medios lícitos y legales. Es necesario hacer la aclaración de dicho objeto, por que podría darse la posibilidad de que el objeto de un contrato de transporte sea el de transportar alucinógenos y en tal caso dicho objeto será ilícito.
- Causa Lícita: Es el motivo de la realización del contrato, es decir, el por que de la existencia del mismo; Causalidad, en la filosofía occidental, designa la relación entre una causa y su efecto. El gran filósofo griego Aristóteles enumeró cuatro tipos de causas diferentes: la material, la formal, la eficiente y la final. La causa material es aquella de la que está hecha cualquier cosa, por ejemplo, el cobre o el mármol es la causa material de una estatua. La causa formal es la forma, el tipo o modelo según el cual algo está hecho; así, el estilo de la arquitectura será la causa formal de una casa. La causa eficiente es el poder inmediato activo para producir el trabajo, por ejemplo la energía manual de los trabajadores. La causa final es el objeto o el motivo por el cual el trabajo se hace, es decir, el placer del propietario. Los principios que Aristóteles

³⁶ Derecho Civil Personas y representación de incapaces. Angarita Gómez, Jorge. Pag 174. Editores Rosaristas. Bogota. 1989

perfiló forman la base del concepto científico moderno de que estímulos específicos producen resultados modélicos y generalizados bajo condiciones sometidas a control.³⁷ Que para el caso el lo que incentiva a los contratantes a llevar a cabo dicha relación contractual

8.5 OPONIBILIDAD

Para satisfacer la función socio-jurídica que a ciertos negocios corresponde, es preciso que ellos tengan un efecto que cobije a todas las personas, no solo a quien no han participado en la celebración del negocio, sino más aun, a quienes ni siquiera tienen el más mínimo conocimiento de que el negocio exista. En tal sentido es evidente que por esta vía resultarían afectados los intereses de tales terceros, por un efecto de rebote que no pueden evitar ya que la ley otorga determinado alcance a un negocio celebrado por otros. Es preciso, entonces, que el derecho establezca unas condiciones dentro de las cuales ha de presentar tan particular operancia del negocio y ellas no son mas que ciertas formalidades, consistentes en la observancia de mecanismos de publicidad, formales por supuesto, que han de satisfacerse con posterioridad al perfeccionamiento del negocio; si bien el negocio nace para el derecho sin ellas, le son ajenas e indispensable para el surgimiento cabal de los efectos que al negocio le son propias.

³⁷ Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica. Nino, Carlos. Pág. 113. Edit Distribuciones Fontamara. México. 1999

Estas formalidades para la oponibilidad consisten generalmente en la inscripción en un registro público: en materia de inmueble en el folio de matrícula inmobiliaria, en tratándose de automotores, en el registro nacional automotor, para los terrestres, en las capitanías de puerto para las naves y en la aeronáutica civil para las aeronaves, y si de otros bienes muebles se habla, el negocio ha de inscribirse en la cámara de comercio del lugar en donde el bien habrá de permanecer.

Esta suerte de formas tiene la particularidad de que, precisamente para proteger a terceros, propenden por brindarles una información precisa acerca de la situación jurídica de un bien, si el tercero consulta el registro, sabrá a que atenerse, sino lo hace, la ley presume que lo conoce. Sin que pueda demostrar lo contrario. Ahora, si el registro se usa con el ánimo de hacer aparecer situaciones jurídicas reales, en perjuicio de terceros, el derecho concede a estos los mecanismos para hacer salir a flote las verdaderas relaciones de quienes aparecen inscritos, arma de doble filo con el que el legislador los ha dotado para la salvaguarda de sus intereses.³⁸

También podemos decir que existe la posibilidad de que se de la inoponibilidad, pues esta se da por faltas de legitimación negocial, como cuando alguien, por medio de este contrato, se compromete a que otro de quien no es su representante, ejecutará un transporte (que para el caso es de gas natural). El supuesto transportador es tercero al contrato así celebrado y por consiguiente, esta favorecido

³⁸ De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano Tomo I. Bohórquez, Antonio Pág. 42. Ediciones doctrina y ley. 2000

por la inoponibilidad, pues el contrato, celebrado entre otros no le vincula.

La otra causal de inoponibilidad no se presenta, pues no previó el legislador ningún tipo de publicidad para este contrato.³⁹

8.6 CLASES DE CONTRATO

Existen unos contratos que se podría decir, son los más comunes y son los siguientes:

- a.** “Contrato en pico: Contratos en los que el productor, el comercializador, el distribuidor o el transportador, se compromete a vender o transportar, según el caso, un volumen pico garantizado de gas combustible durante un periodo determinado dentro del año. En estos contratos se podrán pactar pagos por parte del comprador, independientes del consumo.

- b.** Contratos firmes: Contratos en los que el productor, el comercializador, el distribuidor o el transportador, se compromete a vender o transportar por redes de tubería, según el caso, un volumen máximo garantizado de gas combustible durante un período determinado. En estos contratos se podrán

³⁹ De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano Tomo III. Bohórquez, Antonio Pág. 204. Ediciones doctrina y ley. 2005

pactar pagos por parte del comprador, independientes del consumo.

- c. Contratos interrumpibles: Contratos en los que el productor, el comercializador, el distribuidor o el transportador se compromete a vender o transportar, según el caso, un volumen máximo de gas combustible durante un período determinado, pero el contratante o el contratista o ambos se reservan el derecho de interrumpir el servicio dando aviso a la otra parte contratante, de acuerdo con los términos y condiciones del contrato”⁴⁰.

8.7 TERMINACIÓN DE CONTRATO

Los contratos de transporte de gas natural, son unos típicos contratos de transporte, es por eso que su terminación se da de la misma manera que la terminación de un contrato cualquiera, que se asimile, siendo así podemos decir que estos, se terminan por las siguientes causales.

⁴⁰ Resolución CREG 57 de 1996, los señalo como contratos tipo de transporte de gas natural.

8.8 CAUSALES

- Término del contrato.
- Por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que no haya intervenido el transportador en la ocurrencia de los mismos.
- Mutuo acuerdo entre las partes contratantes.

9. APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA

Metodológicamente la monografía parte de un análisis descriptivo de carácter normativo, que busca analizar de manera concreta, con los límites legales y jurisprudenciales de la fuerza mayor como excluyente de responsabilidad.

Para determinar el cumplimiento de los objetivos presentados en la presente monografía se utilizará una metodología de análisis de casos, que busca a partir del análisis de cada uno de ellos determinar la aplicación de la fuerza mayor como exclusión de responsabilidad en los contratos de transporte y de esta manera aplicarlo a los de transporte de gas.

El sistema de análisis de casos parte de un universo que son todas aquellas sentencias y laudos arbitrales referidos al cumplimiento e incumplimiento de contratos por fuerza mayor. A partir de dicho

universo se escogieron sentencias y laudos donde se analizara la fuerza mayor como forma de excluir la responsabilidad en contratos de transporte para de esta manera determinar la aplicación de la teoría en contratos de transporte de gas.

ANALISIS LAUDO No. 1

1. IDENTIFICACION:

- LAUDO DE 9 DE MARZO DE 1994
- INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO vs. COLMARESLTDA. Y TRANSPORTACION MARITIMA MEXICANA S.A. DE C.V.
- ARBITROS: DR. CARLOS URRUTIA HOLGUIN
DR. CARLOS HOLGUIN HOLGUIN
DR. ALVARO MENDOZA RAMIREZ
DRA. CARMENZA MEJIA MARTINEZ

(secretaria)

2. TEMAS JURIDICOS TRATADOS EN EL LAUDO:

- CONTRATO DE AGENCIA MARITIMA
- CONTRATO DE COMPRAVENTA POR EL SISTEMA F.O.B.
- CONTRATO DE FLETAMENTO
- CONTRATO DE MANDATO

- CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO
- CULPA CONTRACTUAL
- EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO
- GARANTIAS
- INDEMNIZACION DE PERJUICIOS
- INTERESES
- PROCESO ARBITRAL
- SOLIDARIDAD EN MATERIA MERCANTIL

3. HECHOS RELEVANTES GENERALES:

1. El IDEMA formulo invitación a varias sociedades para participar en el concurso de ofertas para el transporte marítimo internacional de trigo, aceptando la presentada por COLMARES la cual actuaba en su propio nombre y en el de T.M.M.
2. El IDEMA y COLMARES suscribieron el documento denominado por el IDEMA contrato 228 de 1991.
3. COLMARES y T.M.M., según el IDEMA incumplieron todas las obligaciones derivadas del contrato y por esta razón el 28 de mayo de 1991 manifestó el mismo, que daba por terminados los contratos y que demandaría judicialmente, además precedió a contratar a otra empresa.

4. En los escritos de contestación de demanda la apoderada de las compañías dijo no ser cierta casi la totalidad de lo sostenido por el IDEMA., entre lo que afirmo que en el mes de febrero le informaron la adjudicación pero en unas condiciones distintas a las presentadas en las ofertas y en los contratos.
5. El IDEMA presento luego reforma de la demanda en la que hizo nuevas afirmaciones, la cual fue contestada por las partes demandadas negando de nuevo a mayoría de las afirmaciones.
6. Las pretensiones de el IDEMA se concretan a solicitar que se declare resuelto por incumplimiento el contrato, que las demandadas paguen al IDEMA los perjuicios causados por el mismo, oponiéndose las demandadas y proponiendo excepciones previas y de merito.

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Como primera medida el tribunal analiza si se esta frente a la existencia de un contrato o no, concluyendo que efectivamente dadas las pruebas, firmas de contratos y acuerdos presentados se da la existencia de un contrato entre las partes.

Luego de esto se remite a establecer que clase de contrato es el celebrado entre las partes analizando las diferencias y similitudes que se pudieran encontrar entre el contrato de transporte y el de

fletamento, concluyendo que si bien es cierto que en la teoría se diferencian muy bien en la práctica es difícil hacerlo especialmente cuando se trata de transporte “a carga o parcial” y fletamento por viaje. Dado esto y analizadas ciertas características presentadas el tribunal concluyen que falta uno de los elementos propios del contrato de fletamento el cual es la determinación concreta de la nave, por lo que estamos frente a un contrato de transporte.

Se consultó la doctrina, autores como Goerge Frainkin, René Rodière, Francesco Messineo y Lord Chorley, llegando siempre a la conclusión de una diferencia entre estos dos en cuanto al elemento referente a la especificación de la nave, el cual en el contrato de transporte difiere en cuanto a que puede ser determinada o indeterminada, es decir, en el de fletamento lo importante es la nave y en el de transporte lo fundamental es la carga.

Además de lo anterior la corte encuentra falencias con respecto a esta especificación a lo largo del proceso en cuanto a que primero que todo el concurso habla inicialmente de una oferta para transporte marítimo internacional, además a lo largo del contrato se habla de “transportador” que evidentemente no es la denominación propia del contrato de fletamento.

Por otro lado en relación a la responsabilidad de la parte demandada la corte plantea que como primera medida que no constituyó la garantía de cumplimiento a la cual estaba obligada, pretendió además sanear el incumplimiento pagando la garantía de seriedad sin

embargo conservando la validez de los otros cuatro contratos, respecto de los cuales nunca se ofreció pagar nada.

No fue presentado el poder que lo acreditaba como representante de T.M.M. y esta obligación existía desde la presentación de la oferta y por último y fundamental para afirmar el incumplimiento, fue contratar en su propio nombre sabiendo que a partir de este hecho ya no podría cumplir los contratos celebrados pues no contaría con la participación de T.M.M.

Para explicar un poco lo anterior se debe especificar que COLMARES no podía contratar en su propio nombre ya que no es armador y su condición de agente marítimo se lo prohíbe, solo podía actuar como agente o representante de un armador con capacidad para celebrar contratos de este tipo.

En cuanto a la cancelación del contrato por parte del IDEMA el tribunal lo encuentra justificado ya que COLMARES había incumplido desde un comienzo al no haber constituido las garantías de cumplimiento así mismo la obligación de entregar el poder; por lo que procede a decretar que se resuelva el contrato y se reconozcan los perjuicios derivados de tal incumplimiento, considerándose a las dos partes responsables en forma solidaria.

A partir de esto se puede observar que el incumplimiento del contrato no se da por ninguna razón exoneradora de responsabilidad por tanto la parte resolutoria declara resuelto por incumplimiento el contrato,

condena a pago de perjuicios de manera solidaria a las dos empresas, así como las costas del proceso.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL No. 2

1. IDENTIFICACION DE LA SENTENCIA:

- Expediente número 1113
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena
- Magistrado ponente: doctor Alfonso Patiño Rosselli
- Bogotá, D. E., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

2. TEMA PRINCIPAL:

- Responsabilidad del transportador
- Contrato de transporte

3. HECHOS RELEVANTES:

1. El señor X pide a la corte que se declare la inconstitucionalidad del artículo 992 del Código de Comercio, contenido en el Decreto número 410 de 1971, por cuanto considera que dicha disposición es violatoria de los artículos 16 y 20 de la Constitución.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

¿Es inconstitucional responsabilizar a los transportadores civilmente a pago de perjuicios en todos los casos de incumplimiento, menos en los de fuerza mayor?

5. TESIS:

- Procurador: No
- Corte: No

6. FUNDAMENTO DE LA TESIS:

La corte encuentra que no se viola ninguno de los artículos mencionados por el actor aduciendo a que la norma acusada no es más que la regulación lógica del incumplimiento de cualquier contrato, que en este caso es el de transporte, además que “las obligaciones contractuales no pueden desconocer los criterios básicos de justicia que expresa el constituyente y garantiza el orden jurídico en general” manifiesta el Procurador General de la nación.

El contrato de transporte, indivisiblemente vinculado a un servicio público de trascendental incidencia en el desenvolvimiento económico y social de la comunidad, debe quedar sujeto a las más precisas regulaciones estatales para evitar situaciones de desequilibrio entre

las partes y garantizar la movilización eficaz, continua y permanente de cosas y personas.

“Es evidente que en contra del gremio de los transportadores de carga por tierra el legislador no ha concebido ninguna discriminación sino que ha previsto que salvo el caso de fuerza mayor o culpa exclusiva del pasajero, al remitente o el destinatario, los transportadores tienen que responder cuando incumplan las obligaciones propias del contrato”. Manifiesta la corte con respecto a esto.

También hace referencia la corte en este caso a que el artículo acusado no hace otra cosa que aplicar esos principios y normas generales: para que el transportador pueda exonerarse de responsabilidad es preciso demostrar que el incumplimiento es el resultado de fuerza mayor que no se debe a su culpa, o a vicio inherente a lo que se transporta, o a culpa del pasajero, del remitente o del destinatario.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL No. 3

1. IDENTIFICACION DE LA SENTENCIA:

- Expediente número 14.781
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Consejero ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque

- Bogotá, D. C., once (11) de Septiembre de Dos Mil Tres (2003)

2. TEMA PRINCIPAL:

- Incumplimiento de Contrato estatal por Fuerza Mayor.

3. HECHOS RELEVANTES:

1. El señor “X” (Contratista con el Estado) le pide a “Y” (El Estado) que le pague una suma de dinero que él tuvo que asumir por causa del invierno en la zona de la obra, lo que dio como resultado el incumplimiento del contrato alegando fuerza mayor.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

¿Es posible alegar fuerza mayor en el incumplimiento de un contrato, cuando hay cambios climáticos extremos?

5. TESIS:

- Tribunal: Si
- Corte: No

6. FUNDAMENTO DE LA TESIS:

La Corte encuentra que el contratista debió prever los cambios climáticos en la zona en la que iba a realizar la obra contratada, a tal punto que para dar un presupuesto de la misma, se entiende que se incluye una suma que corresponda a estos riesgos, toda vez que la zona de la obra era conocida como un lugar de alto riesgo de cambios climáticos, que traen como consecuencia derrumbes en las vías e inclusive en la obra misma.

Ahora bien, teniendo cuenta que el presupuesto dado por el contratista no tuvo interés en este tema, la corte considero que fue un error que el mismo debe asumir y que no es posible que en una obra contratada, una de las partes quiera exigir pagos adicionales por el error de la misma, al no tener en cuenta que el lugar de cumplimiento del contrato era un lugar de alto riesgo climático.

Se hace una explicación clara de lo que es la fuerza mayor y su diferencia con la teoría de la imprevisión, siendo así se considera que “En la Fuerza Mayor lo que se da, es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. La cual constituye causa eximente de responsabilidad por que rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño reinado del mismo”.

El legislador definió la Fuerza Mayor, como “...el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” Ley 95/1890 art. 1°.

Pero el gran problema que tuvo el contratista, fue que confundió la Fuerza Mayor con la teoría de la imprevisión, pues ésta figura se da cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia, pero para que esto se de es necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto, lo que supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio.

En el caso en concreto la Sala considero que mientras el contratista alego el rompimiento de la ecuación financiera del contrato por la mayor permanencia de la obra determinada por el crudo invierno, la obstrucción de las vías de acceso y la inacción de la entidad pública frente a estas circunstancias, el tribunal considero que “la fuerza mayor” ocasionó “la destrucción de la banca del carreteable” y que ello determino las obligaciones a cargo de la entidad. Por lo que la Sala advirtió que el tribunal se confundió, por su definición y sus efectos. Pues la Fuerza Mayor como ya se explico impide el cumplimiento del contrato y la imprevisión se presenta cuando se dan situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato lo que altera la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, **sin imposibilitar su ejecución**. A través de la contratación concreta se demostró que el contrato se suspendió, pero esas suspensiones eran temporales por que el contrato continuaba su ejecución normal y solo se detuvo cuando se acabo el presupuesto para la ejecución del mismo.

Por lo anterior considero que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, tiene la razón, toda vez que el contratista lo que finalmente persigue es una remuneración adicional alegando que los cambios climáticos extremos que se dieron en el transcurso de la ejecución del contrato impidieron la continuidad del mismo, pero no tuvo en cuenta que siendo de la zona en la que tenía curso la ejecución contractual, no fue preventivo en el presupuesto sabiendo las condiciones climáticas y del terreno pues constantemente ocurría en la zona dichos cambios.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL No. 4

10. IDENTIFICACION DE LA SENTENCIA:

- Expediente número 4895
- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria
- Magistrado ponente: Doctor José Fernando Ramírez Gómez
- Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998)

2. HECHOS RELEVANTES:

1. El señor “X” contratista, se compromete con “Y” (Proleche) a transportarle un furgón con mercancía del ultimo en un camión de éste; el cual es interceptado por delincuentes, quienes hurtan dicha mercancía.
2. A su vez “Y” compra un seguro sobre la mercancía a transportar con la aseguradora “Z”.
3. Como consecuencia del hurto de la mercancía de propiedad de “Y”, la aseguradora “Z” cancela el seguro por la mercancía asegurada.
4. “Z” subcontrata con la aseguradora “A” parte del seguro cancelado.
5. “Z” y “A” demandan a “X” para que éste cancele el valor indemnizatorio cancelado por los primeros a “Y”.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

¿Es posible exigir el pago de una mercancía por parte de la aseguradora cuando esta no contrato con el transportador que alego fuerza mayor por el incumplimiento del mismo?

3. TESIS:

- Tribunal: Si
- Corte: Si

4. FUNDAMENTO DE LA TESIS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín decidió el recurso interpuesto por sentencia del 5 de noviembre de 1993.

Desestimó las excepciones propuestas por el demandado, declaró el incumplimiento del contrato de transporte por su parte y lo condenó a pagarles a las demandantes el valor de la indemnización cancelada a la asegurada, en la forma y proporción en la cual asumieron el pago de la misma, así como el pago de las costas causadas en ambas instancias.

Considerando el tribunal que las empresas aseguradoras están plenamente legitimadas para exigir el pago del valor indemnizatorio y encontrando a la parte demandada responsable de la ocurrencia de los hechos.

Contra la decisión anterior el demandado interpuso el recurso extraordinario de casación que ocupó la atención de la Corte Suprema de Justicia.

Luego de relatar los antecedentes del litigio, se ocupa el Tribunal de elucidar lo atinente a la legitimación de las partes en el proceso, por

cuanto el demandado cuestionó su vinculación al contrato de transporte invocado por la sociedad Proleche, sobre cuyo objeto recayó el contrato de seguro ajustado por ésta y las demandantes, así como “... *los elementos estructurales de estos dos acuerdos, porque la legitimación de las partes como el respaldo jurídico de la indemnización pretendida, hallan allí su respaldo fundamental*”.

Con tal propósito indaga por el contrato de seguro de transporte, dejando por averiguada su existencia y comprobación con el documento contentivo del mismo - póliza 15596 - y sus anexos, a los cuales atribuye virtualidad e idoneidad suficientes para demostrarlo. Anota que la misma documentación prueba el acuerdo de distribución del seguro entre los entes demandantes, en los términos y proporciones que allí se indican, circunstancias que aunadas al pago de la indemnización por la pérdida de la carga.

Añade que para la época en que se produjo la pérdida de la carga estaban vigentes la póliza de seguro y el amparo del riesgo de falta de entrega de la misma, en tanto que la expedición del certificado de seguro por parte de la aseguradora encuentra soporte en la póliza y es consecuencia de las circunstancias descritas. Al destacar el carácter mercantil del contrato de seguro examinado, por ser las aseguradoras sociedades de comercio y tener por objeto social la explotación del aludido servicio, colige que “...*la subrogación legal prevista en el art. 1.096 ib. tiene el soporte documental requerido*”.

Centra enseguida su análisis en el contrato de transporte para precisar que sobre su objeto recayó el interés asegurable. Luego, al ocuparse de

la argumentación del demandado, quien objeta el contrato porque él sólo asumió una función de locación o de remolque del furgón de propiedad de la remitente y porque el transporte es un servicio público a cargo de personas jurídicas dedicadas a esa explotación económica, considera que ello contradice la práctica y la legislación vigente, pues son frecuentes los contratos de transporte celebrados entre personas naturales, cuyos efectos son los previstos por el art. 18 del decreto 01 de 1990.

Por consiguiente, estima que el contrato se encuentra debidamente demostrado con la declaración de parte del demandado, la carta dirigida a la remitente, el testimonio de Alvaro Chaverra, dependiente del demandado, quien tuvo a su cargo la conducción del vehículo en el cual se ejecutó, además de la carta de porte o memorando No. 1393, suscrita por éste, referida al despacho de la leche en polvo.

Agrega que por razón del contrato celebrado el demandado se obligó *“...a cambio de un precio o flete, a conducir y entregar desde Cereté y hasta Medellín, en las dependencias del destinatario remitente, la mercancía compuesta por varios bultos de leche en polvo relacionada por su cantidad, calidad y valor asignados, en la fecha y modalidades expuestas”*. Expresa posteriormente, que tales obligaciones fueron incumplidas por aquel, quien adujo como causa de exculpación la fuerza mayor, configurada por el atraco a mano armada, acaecido durante el transporte, acerca de lo cual afirma, citando jurisprudencia de la Corporación, sólo tiene estructuración bajo excepcionales condiciones.

Cuestiona enseguida la conclusión del a quo alusiva a que la responsabilidad la comparten la sociedad remitente y el demandado, porque ambos debían proveer a la efectiva realización del transporte, pues estima que tal inferencia tiende a desfigurar *“... el acuerdo de transporte de un lado, o a constituir un contrato de remolque, respectivamente; acuerdos que no sólo riñen con la realidad legal sino que no están regimentados en la legislación mercantil vigente”*. Ratifica tal conclusión al desechar la viabilidad de deducir una responsabilidad compartida del simple hecho de *“...acoplar un furgón que es una estructura que carece de la posibilidad de movilizar o transportar mercancía per se, mientras no sea remolcada por un automotor o tractocamión”*, o comprometer la responsabilidad extracontractual del propietario del vehículo ajustado a un tractocamión que irroga daño a terceros.

Agrega que si *“...la obligación del porteador es la de desplazar y transportar la mercancía o cosa de un lugar a su destino y si por su descuido incumple la obligación a su cargo, no se ve fundamento jurídico para concluir que quien prestó o arrendó el furgón asuma una responsabilidad que no le cabe, porque está muy lejos de ser suya, toda vez que una jaula o furgón, es un adminículo inerte, mientras un automotor no lo remolque en ejecución del contrato de transporte, es de la exclusiva dinámica del último, por la simple razón de que éste es el ejecutor y conductor de esas dos piezas que en un momento conforman o adecua un solo equipo determinado al fin del transporte”*

La honorable Corte, desestima la excepción del opositor, que la propiedad asignada a la sociedad remitente sobre el furgón enganchado

al tractocamión del demandado, prestado o arrendado a éste, quien asumió integralmente la operación del transporte, carece de incidencia en la convención, pues *“...el contrato de transporte sobre la mercancía relacionada se celebró entre las dos aludidas partes y por el simple hecho de realizar el transporte de las mercancías, mediante el enganche o acople de un furgón, ésta simple actividad física tiene la virtualidad de configurar jurídicamente el contrato de transporte con todas las obligaciones propias del porteador que allí las asume íntegramente”*.

En relación con las excepciones denominadas *"non adimpleti contractus"*, *"división de obligaciones"* y *"prejudicialidad"*, expresa que además de lo considerado por el a quo, la primera no está llamada a prosperar, porque el pago del flete no tiene que efectuarse antes de iniciarse el contrato de transporte, ni constituye requisito de la pretensión indemnizatoria derivada de la pérdida de la mercancía, como lo indican diversas previsiones de la legislación mercantil, como aquella que autoriza al transportador retener la mercancía cuando no se ha pagado el precio del transporte. Además, avala la conclusión con cita de pronunciamiento de esta Corporación y señala como algo usual el pago en cuenta corriente por parte del remitente.

Sobre la excepción de *"falta de legitimación en la causa por activa"*, considera que las *"...coaseguradoras demostraron a plenitud la satisfacción de todos los requisitos ya relacionados"*, para prevalerse de la subrogación consagrada por el art. 1096 del C. de Comercio, bajo cuyo tenor infiere la improcedencia de la indexación reclamada.

En cuanto a la *“inexistencia de la obligación indemnizatoria”*, estima que son abundantes los elementos probatorios que revelan la celebración del contrato de transporte y la calidad de porteador asumida por el demandado, que a su vez desvirtúan sus referencias a los contratos de locación y remolque.

Para culminar manifiesta que como el demandado debe asumir íntegramente el valor de la restitución o reembolso a las sociedades demandantes, debe revocarse la providencia apelada.

La subrogación establecida por el precepto mencionado, que obra de pleno derecho en tanto el pago se efectúe con sujeción a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, implica para el asegurador hacerse titular de todos los derechos y acciones que el asegurado tenía contra el responsable del siniestro para pretender el pago de la indemnización *“hasta concurrencia de su importe”*.

Por todo lo anteriormente expuesto por la Corte, el demandado fue condenado a pagar a favor de las sociedades aseguradoras el valor del capital que éstas sufragaron, mas los intereses del capital, desestimando con esto la FUERZA MAYOR por el incumplimiento del contrato, considerando que éste era un hecho previsible por el transportador, toda vez que la actividad del antes mencionado da para saber sobre los riesgos que esta actividad trae consigo.

10. CONCLUSIONES

Al finalizar la presente investigación, es necesario realizar precisiones particulares sobre el cumplimiento de los objetivos, tanto generales, como específicos, partiendo de la definición de fuerza mayor como aquel acontecimiento exterior que impide la ejecución del contrato. Cuando tal acontecimiento se produce tiene por efecto liberar al contratante de su obligación, es el acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran previsibles, pero que necesariamente para nuestro tema va ligado con el concepto de transporte como un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, la que tiene por objeto el traslado de un lugar determinado a otro determinable de un objeto real.

El modelo planteado en la Constitución de 1991 para la prestación de servicios públicos y el posterior desarrollo a través diversas leyes, destacándose la Ley 142 de 1994, ha permitido aplicarle al transporte de gas natural la reglamentación de los servicios públicos domiciliarios, creándole caracteres diferenciales exclusivos de este tipo de servicios.

La mención de la Ley 142 de 1994 hace extensiva su aplicación a las actividades complementarias de comercialización desde la producción y **transporte** de gas por un gasoducto principal, o por otros medios,

desde el sitio de generación hasta aquel en donde se conecte a una red secundaria.

En el transporte de gas se pueden celebrar contratos, los cuales están regulados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas “CREG”, es decir, Colombia cuenta con una libertad regulada, donde se establecen precios de referencia y formulas tarifarias que buscan satisfacer los diversos costos en los que se incurre al momento de prestar el servicio por parte de los operadores del sistema, lo que incide necesariamente en las condiciones estipuladas en los contratos de transporte del hidrocarburo.

El Contrato de Transporte de Gas Natural se suscribe para la prestación del Servicio de Transporte de Gas y lo conforman dos partes el Transportador y el Remitente que es cualquier persona que cumpla con los requisitos necesarios para adquirir los volúmenes de gas cuyo Servicio está contratando.

El sistema de transporte de gas en Colombia, aún esta en formación, el desarrollo tecnológico, las tendencias mundiales, la situación interna del país se configuran como elementos determinantes del futuro del sistema, siempre enmarcado por las características del servicio público dentro de la categoría de domiciliario, circunstancias estas que en ningún momento sustrae al transportador de sufrir en algún momento o estadio de la ejecución del contrato, situaciones que afecten su cumplimiento tales como la fuerza mayor que necesariamente lo exonere de responsabilidad en el incumplimiento, suspensión temporal o definitiva del contrato.

La fuerza Mayor como elemento eximente de responsabilidad en la figura jurídica de la contratación, siempre esta presente en razón a que en este tipo de contratos, por su misma complejidad en el sistema operativo para su cumplimiento, se deben atravesar grandes tramos de la geografía nacional en donde se encuentran los factores que de suyo, para el ser humano son imprevisibles haciendo presencia la figura jurídica de la fuerza mayor cuando como consecuencia de la acción de la naturaleza el cumplimiento del contrato se ve afectado, eximiendo de responsabilidad contractual al transportador.

La legislación Colombiana le ha dado una denominación global a la fuerza mayor, que sin duda encaja en todas las ramas según su especialidad y le imprime un régimen de excepciones a las actuaciones o comportamientos del derecho en sus diversas áreas y no solo ante esto sino ante los imprevistos que no dependen ni del mismo ni de los entes que participan en ellas. Por lo anterior se puede deducir que el derecho en general percibe en todos sus campos la teoría del riesgo y la tiene en cuenta, para efectos de lo estudiado, en cuanto a lo que al error humano y natural se refiere.

En cuanto a la fusión legislación – doctrina sin duda presentada en nuestro país, la fuerza mayor se encuentra plenamente identificada por las dos, siendo la primera soporte para la segunda o fundamento de la misma.

Se podría pensar que en principio en todas las ocasiones se presenta la fuerza mayor, pero a lo largo de la historia se ha encargado la

doctrina de darle un estudio exhaustivo a cada caso para enmarcar cada vez mas los eventos específicos en los que se da nuestro tema en cuestión.

Como se expuso en los análisis de casos que anteceden, resulta cierto afirmar que el contrato de transporte de gas natural no esta exento de las circunstancias que puedan determinar una configuración de la fuerza mayor como elemento objetivo de exoneración de responsabilidad consagrado en nuestra legislación civil vigente, pero por excepción puede ser un eximente de responsabilidad.

11. BIBLIOGRAFIA

11.1 DOCTRINA:

- Diccionario Jurídico Colombiano. Edit. Temis.
- CODIGO CIVIL ESPAÑOL. SENTENCIA 13 de septiembre de 1985. El artículo 1384 corresponde al 1902 del C.C. español.
- José Castán, Derecho Civil Español. Madrid 1941. Editorial Castellón.
- Alessandri y Somarriva, curso de derecho civil, t. III, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1942.
- De la Responsabilidad Civil, las presunciones de la responsabilidad y sus medios de defensa, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.
- Derecho Probatorio Tomo II. BORJA, 1970.
- MALAURIE et AYNES. Les obligations. 1986
- Responsabilidad civil extracontractual, Gilberto Martínez Rave, Temis Editorial, Santa Fe de Bogotá, 1998.

- OSPINA FERNÁNDEZ. El régimen general de las Obligaciones. Edit. Temis. 1999.
- EL CONTRATO DE TRANSPORTE, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, EDITORIAL TEMIS, BOGOTA, COLOMBIA, 1991
- ROBERT ANDRÉ, Les responsabilités, Bruselas, 1981.
- Lamy Transport, Bajo la dirección de M. Pierre Brunat, Ed. LAMY S.A. Paris, 1989.
- De los negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Bohórquez, Antonio. Ediciones Doctrina y ley. 2000. Tomo I
- De los negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Bohórquez, Antonio. Ediciones Doctrina y ley. 2000. Tomo II
- De los negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Bohórquez, Antonio. Ediciones Doctrina y ley. 2000. Tomo III
- Diccionario Económico. Edit. Mc Graw-Hill. 2003.
- Compendio de derecho romano. Ortolan Manuel. Pág. 362. Buenos Aires. 1990.
- Diccionario Básico de Términos Jurídicos. Madrid Malo, Mario. Pág. 119. Edit Temis. Bogota 1990.

- Derecho Civil. Valencia Zea, Arturo. Pag. 128. Edit Temis. Bogota. 1994.
- Derecho Civil Personas y representación de incapaces. Angarita Gómez, Jorge. Editores Rosaristas. Bogota. 1989.
- Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica. Nino, Carlos. Edit Distribuciones Fontamara. México. 1999.
- Enciclopedia Encarta 2005.

11.2 LEYES Y DECRETOS

- Ley 95 de 1890.
- Ley 142 de 1994.
- Ley 143 de 1994.
- Ley 401 de 1997.
- Código de Comercio.

11.3 RESOLUCIONES CREG

- 057 de 1996.
- 014 de 1996
- 015 de 1996
- 021 de 1996
- 071 de 1999
- 023 de 2000
- 125 de 2003
- 185 de 2004.
- Concepto 6625 de 2002

11.4 JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 13 de 1962.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Mayo 31 de 1965.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 27 de 1974.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de fecha Febrero 23 de 1984. Exp. 1113
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Noviembre 20 de 1989.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 2435 del 93.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de fecha Octubre 9 de 1998. Exp. 4895
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia de fecha Septiembre 11 de 2003. Exp. 14781

11.5 LAUDOS ARBITRALES

- Tribunal Arbitral. Laudo. 9 de marzo de 1994

11.6 INTERNET

- www.monografias.com - Escritos monográficos de diferentes autores
- www.ecopetrol.com.co - Empresa colombiana de petróleo.
- www.ecogas.com.co - Empresa Colombiana de Gas
- www.creg.gov.co - Comisión de energía y gas de Colombia.

11.4 ANEXOS

- Tribunal Arbitral. Laudo. 9 de marzo de 1994.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de fecha Febrero 23 de 1984. Exp. 1113.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de fecha Octubre 9 de 1998. Exp. 4895.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia de fecha Septiembre 11 de 2003. Exp. 14781

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Magistrado Ponente: Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Referencia: Expediente No. 4895

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado LUIS EMILIO LARA BUITRAGO contra la sentencia del 5 de

noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por las Compañías SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. y SEGUROS LA ANDINA S.A. frente al recurrente.

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito especializado de Medellín se inició el referido proceso, pretendiéndose que *“la empresa de Transportes Luis Emilio Lara”* y éste como persona natural, fueran declarados responsables solidariamente del incumplimiento del contrato de transporte celebrado el 3 de noviembre de 1989; consecuentemente se impetró que los citados demandados fueran condenados a pagarle a las sociedades demandantes la suma de veintiún millones ochocientos noventa y un mil doscientos cuarenta y ocho pesos (\$21.891.248.00) en la proporción que se indica en la demanda, como subrogatarias de los derechos de Procesadora de Leche S.A.. Además se solicitó el reajuste monetario como consecuencia de la devaluación, intereses comerciales y corrientes, amén del 25% por lucro cesante. Subsidiariamente se pretendió que las condenas se impusieran por las sumas establecidas en el proceso y sin declaración previa de responsabilidad por el incumplimiento del contrato.

2. Como causa de lo pretendido se propuso la siguiente relación fáctica:

2.1. De acuerdo con la comunicación escrita y suscrita por quien indica ser el gerente de la empresa Transportes Luis

Emilio Lara, ésta contrató con Procesadora de Leches S.A. "Proleche", el transporte de varios bultos de leche en polvo, desde la población de Cereté (Córdoba) hasta la ciudad de Medellín.

2.2. El 3 de noviembre de 1989 se acarreó el cargamento, compuesto en la forma detallada en el libelo introductor, en furgón de propiedad de la remitente que se enganchó al Tractocamión marca Mack, modelo 1968, placas GL 4343, para entonces de propiedad de Luis Emilio Lara, cuya conducción se confió a Alvaro Chaverra.

2.3. El valor total de la carga ascendía a la suma de veintidós millones cuatrocientos cincuenta y dos mil quinientos sesenta y dos pesos M/L (\$22'452.562.00).

2.4. El vehículo inició el viaje hacia el lugar de destino, donde debía arribar al día siguiente. Como no llegó, Ubier Darío García, empleado de Proleche, denunció el hecho ante las autoridades de policía.

2.5. Como ni la empresa encargada del transporte, ni el propietario del tractocamión enteraron a Proleche de lo sucedido, ésta los requirió el 23 de noviembre de 1989, mediante escrito respondido el 5 de diciembre siguiente por Luis Emilio Lara, quien invocó su condición de gerente de la empresa mencionada y manifestó que evidentemente se había comprometido a “... *la conducción de la carga desde Cereté a Medellín*”, pero no había sido posible cumplir el contrato porque el tractocamión había sido atracado en el trayecto,

agregando que estaría atento al desarrollo de la investigación adelantada por el Juzgado 29 de Instrucción Criminal de Medellín.

2.6. El transportador no expidió planilla, orden de cargue o remesa terrestre, pero el conductor autorizado, firmó el memorando 1393, elaborado por Proleche, en el cual se relaciona el cargamento.

2.7. Previamente a entregar la carga al transportador, Procesadora de Leches S.A. "*Proleche*", había obtenido de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., el otorgamiento de la Póliza Automática de Seguro de Transporte de Mercancía No. 15596, mediante la cual asumió los riesgos de pérdida o daño material de los bienes de propiedad de la asegurada, producidos con motivo de su transporte. En aplicación de la misma, se expidió el certificado de seguro No. 455676 correspondiente a la carga antes mencionada.

2.8. Establecida su pérdida, la empresa asegurada dio aviso a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. y reclamó el pago de la indemnización, adjuntando la prueba del siniestro. Comprobada su ocurrencia y la cuantía de la pérdida, la aseguradora pagó a Proleche S.A. la suma de veintiún millones ochocientos noventa y un mil doscientos cuarenta y ocho pesos M/L (\$21.891.248.00), equivalente al valor del cargamento, menos el 2.5% correspondiente al deducible o suma a cargo del asegurado.

2.9. Con la anuencia del asegurado, Suramericana de Seguros S.A. cedió a la Compañía de Seguros La Andina S.A. el 30%

del riesgo asumido. En consecuencia, tras el pago de la indemnización por la primera, la segunda le reembolsó la cuota correspondiente.

2.10. La indemnización fue recibida por el representante legal de la asegurada, quien suscribió el documento denominado “orden de pago y liquidación de siniestro”, distinguido con el numero 35107; por tal motivo las aseguradoras se subrogaron por ministerio de la ley en los derechos del remitente contra el transportador incumplido, hasta el importe de lo pagado por ellas.

2.11. Ni la empresa demandada, ni el propietario del vehículo han retornado la carga a su destinatario, ni han pagado indemnización alguna.

3. Mediante auto del 22 de abril de 1991 se admitió la demanda, ordenando correrle traslado a los demandados. Notificado Luis Emilio Lara Buitrago, la contestó oponiéndose a la pretendido, oportunidad en la cual negó la existencia de la empresa transportadora codemandada y propuso las excepciones de mérito de “falta de legitimación en la causa activa”, con fundamento en que “... las demandantes carecen de subrogación legal para el ejercicio de la acción”; “inexistencia de la obligación indemnizatoria”, pues el demandado no fue contratista del transporte de la mercancía cuya pérdida finca la demanda; “non adimpleti contractus”, fundada en que Proleche no canceló el porte o contraprestación convenida por la tracción del furgón en el cual transportó su propia carga; “fuerza mayor”, porque la pérdida del cargamento se produjo por efecto de piratería terrestre en la vía utilizada; “división de obligaciones” con Proleche, por cuanto esta

sociedad asumió el transporte de la carga en remolque de su propiedad, mientras que el demandado sólo tomó a su cargo la tracción del mismo con el tractocamión de su propiedad; *“prejudicialidad”*, pues el delito cometido es materia de investigación penal y la decisión que se tome en dicho proceso necesariamente influye en el fallo que dirima el proceso civil.

Reformada oportunamente la demanda para excluir a la demandada, empresa de Transportes Luis Emilio Lara, se adelantó la primera instancia, clausurada con sentencia del 7 de julio de 1993, en la cual se acogió la excepción de *“división de obligaciones”* propuesta por el demandado, condenándolo a pagar la sumas especificadas por el a quo, dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, junto con los *“...intereses corrientes causados a partir del vencimiento del plazo para pagar la suma impuesta”*. Igualmente se le condenó al pago de las costas en la proporción señalada en el fallo. Las restantes pretensiones se desestimaron.

Apelada por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín decidió el recurso interpuesto por sentencia del 5 de noviembre de 1993, infirmando la decisión del a quo. En su lugar desestimó las excepciones propuestas por el demandado, declaró el incumplimiento del contrato de transporte por su parte y lo condenó a pagarle a las demandantes el valor de la indemnización cancelada a la asegurada, en la forma y proporción en la cual asumieron el pago de la misma. Igualmente lo condenó al pago de las costas causadas en ambas instancias.

Contra la decisión anterior el demandado interpuso el recurso extraordinario de casación que ocupa la atención de la Corte.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Luego de relatar los antecedentes del litigio, se ocupa el Tribunal de elucidar lo atinente a la legitimación de las partes en el proceso, por cuanto el demandado cuestionó su vinculación al contrato de transporte invocado por la sociedad Proleche, sobre cuyo objeto recayó el contrato de seguro ajustado por ésta y las demandantes, así como *“... los elementos estructurales de estos dos acuerdos, porque la legitimación de las partes como el respaldo jurídico de la indemnización pretendida, hallan allí su respaldo fundamental”*.

Con tal propósito indaga por el contrato de seguro de transporte, dejando por averiguada su existencia y comprobación con el documento contentivo del mismo - póliza 15596 - y sus anexos, a los cuales atribuye virtualidad e idoneidad suficientes para demostrarlo. Anota que la misma documentación prueba el acuerdo de distribución del seguro entre los entes demandantes, en los términos y proporciones que allí se indican, circunstancias que aunadas al pago de la indemnización por la pérdida de la carga, efectuado por Suramericana de Seguros a Proleche, en cuantía de \$21.891.248.00, según orden de pago No. 35107, de la cual le correspondía asumir un 70% y el 30% restante a la otra demandante, ratifican la legitimación que les asiste para incoar la presente acción. Añade que para la época en que se produjo la pérdida de la carga estaban vigentes la póliza de seguro y el amparo del riesgo de falta de entrega de la misma, en tanto que la

expedición del certificado de seguro por parte de la aseguradora encuentra soporte en la póliza y es consecuencia de las circunstancias descritas. Al destacar el carácter mercantil del contrato de seguro examinado, por ser las aseguradoras sociedades de comercio y tener por objeto social la explotación del aludido servicio, colige que *“...la subrogación legal prevista en el art. 1.096 ib. tiene el soporte documental requerido”*.

Centra enseguida su análisis en el contrato de transporte para precisar que sobre su objeto recayó el interés asegurable. Luego, al ocuparse de la argumentación del demandado, quien objeta el contrato porque él sólo asumió una función de locación o de remolque del furgón de propiedad de la remitente y porque el transporte es un servicio público a cargo de personas jurídicas dedicadas a esa explotación económica, considera que ello contradice la práctica y la legislación vigente, pues son frecuentes los contratos de transporte celebrados entre personas naturales, cuyos efectos son los previstos por el art. 18 del decreto 01 de 1990.

Por consiguiente, estima que el contrato se encuentra debidamente demostrado con la declaración de parte del demandado, la carta dirigida a la remitente, el testimonio de Alvaro Chaverra, dependiente del demandado, quien tuvo a su cargo la conducción del vehículo en el cual se ejecutó, además de la carta de porte o memorando No. 1393, suscrita por éste, referida al despacho de la leche en polvo.

Agrega que por razón del contrato celebrado el demandado se obligó “...a cambio de un precio o flete, a conducir y entregar desde Cereté y hasta Medellín, en las dependencias del destinatario remitente, la mercancía compuesta por varios bultos de leche en polvo relacionada por su cantidad, calidad y valor asignados, en la fecha y modalidades expuestas”. Expresa posteriormente, que tales obligaciones fueron incumplidas por aquel, quien adujo como causa de exculpación la fuerza mayor, configurada por el atraco a mano armada, acaecido durante el transporte, acerca de lo cual afirma, citando jurisprudencia de la Corporación, sólo tiene estructuración bajo excepcionales condiciones.

Prosiguiendo con su análisis, descarta la alegación del demandado consistente en que la relación ajustada era exclusivamente de locación, habida cuenta que el tractocamión se condujo por un dependiente asalariado del transportador Luis Emilio Lara Buitrago, quien era el propietario de dicho vehículo al que se acopló el furgón de propiedad de la remitente.

Cuestiona enseguida la conclusión del a quo alusiva a que la responsabilidad la comparten la sociedad remitente y el demandado, porque ambos debían proveer a la efectiva realización del transporte, pues estima que tal inferencia tiende a desfigurar “... el acuerdo de transporte de un lado, o a constituir un contrato de remolque, respectivamente; acuerdos que no sólo riñen con la realidad legal sino que no están regimentados en la legislación mercantil vigente”. Ratifica tal conclusión al desechar la viabilidad de deducir una responsabilidad

compartida del simple hecho de *“...acoplar un furgón que es una estructura que carece de la posibilidad de movilizar o transportar mercancía per se, mientras no sea remolcada por un automotor o tractocamión”*, o comprometer la responsabilidad extracontractual del propietario del vehículo ajustado a un tractocamión que irroga daño a terceros. Agrega que si *“...la obligación del porteador es la de desplazar y transportar la mercancía o cosa de un lugar a su destino y si por su descuido incumple la obligación a su cargo, no se ve fundamento jurídico para concluir que quien prestó o arrendó el furgón asuma una responsabilidad que no le cabe, porque está muy lejos de ser suya, toda vez que una jaula o furgón, es un adminículo inerte, mientras un automotor no lo remolque en ejecución del contrato de transporte, es de la exclusiva dinámica del último, por la simple razón de que éste es el ejecutor y conductor de esas dos piezas que en un momento conforman o adecua un solo equipo determinado al fin del transporte”*

Luego de citar doctrina foránea en torno al contrato de remolque, considera para desestimar la excepción del opositor, que la propiedad asignada a la sociedad remitente sobre el furgón enganchado al tractocamión del demandado, prestado o arrendado a éste, quien asumió integralmente la operación del transporte, carece de incidencia en la convención, pues *“...el contrato de transporte sobre la mercancía relacionada se celebró entre las dos aludidas partes y por el simple hecho de realizar el transporte de las mercancías, mediante el enganche o acople de un furgón, ésta simple actividad física tiene la virtualidad de configurar jurídicamente el contrato de transporte con todas las obligaciones propias del porteador que allí las asume íntegramente”*.

En relación con las excepciones denominadas "*non adimpleti contractus*", "*división de obligaciones*" y "*prejudicialidad*", expresa que además de lo considerado por el a quo, la primera no está llamada a prosperar, porque el pago del flete no tiene que efectuarse antes de iniciarse el contrato de transporte, ni constituye requisito de la pretensión indemnizatoria derivada de la pérdida de la mercancía, como lo indican diversas previsiones de la legislación mercantil, como aquella que autoriza al transportador retener la mercancía cuando no se ha pagado el precio del transporte. Además, avala la conclusión con cita de pronunciamiento de esta Corporación y señala como algo usual el pago en cuenta corriente por parte del remitente.

Sobre la excepción de "*falta de legitimación en la causa por activa*", considera que las "*...coaseguradoras demostraron a plenitud la satisfacción de todos los requisitos ya relacionados*", para prevalerse de la subrogación consagrada por el art. 1096 del C. de Comercio, bajo cuyo tenor infiere la improcedencia de la indexación reclamada. Respecto de los intereses advierte que sólo hay lugar a ellos a partir de la exigibilidad del capital.

En cuanto a la "*inexistencia de la obligación indemnizatoria*", estima que son abundantes los elementos probatorios que revelan la celebración del contrato de transporte y la calidad de porteador asumida por el demandado, que a su vez desvirtúan sus referencias a los contratos de locación y remolque.

Respecto de la “*división de obligaciones*” y prejudicialidad, explica que no empece ser obvia su inconsistencia, las consideraciones del a quo son suficientes para desecharlas.

Para culminar manifiesta que como el demandado debe asumir íntegramente el valor de la restitución o reembolso a las sociedades demandantes, debe revocarse la providencia apelada.

LA DEMANDA DE CASACION

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia compendiada, en el ámbito de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los cuales se resolverán en el orden de su proposición.

CARGO PRIMERO

Mediante éste se acusa la sentencia de infringir, de manera indirecta, “...*los artículos 1.036, 1.046, 1.050, 1.072, 1.074, 1.075 y 1.077 del Código de Comercio, en concordancia con los arts. 174, 176, 177 y 187 del C. de P.C., por falta de aplicación*”, como consecuencia de “...*haber tenido por probado, no estándolo, el contrato de seguro de transporte que se dijo celebrado con Compañía de Seguros La Andina S.A. y su participación en el coaseguro del que da cuenta la parte motiva con efecto en la resolutive*”, por apreciación errónea de la prueba de su relación contractual aportada por la otra aseguradora

demandante; 2) Al haber tenido por demostrados, sin estarlo, los requisitos exigidos por la ley para el pago de la reclamación por seguro de daño que genera la subrogación de derechos del asegurado por el asegurador, también con violación del art. 1096 del C. Co., por apreciación errada de la prueba aportada sobre aviso del siniestro”.

Con el propósito de explicar la acusación expresa que dado el linaje contractual de la acción incoada, como las demandantes no están ligadas con el demandado por una relación de tal índole, “... han venido en su contra apelando a la subrogación que alegan originada en hipotéticos derechos de su asegurado Proleche, por pago de la suma que ésta reclamó a título de indemnización por el riesgo amparado en contrato de seguro de transporte de carga”, consistente en el transporte de un cargamento de leche en polvo, entre dependencias de Proleche en Cereté y Medellín.

Agrega que el contrato de seguro invocado aparece materializado en: a) La póliza flotante No. 15596 expedida por Suramericana de Seguros, allegada en copia auténtica. b) El certificado de seguro de transporte específico y recibo de prima expedido el 10 de noviembre de 1989, luego de acaecido el siniestro. c) Anexo de la póliza que consagra la distribución del seguro contratado entre Compañía Suramericana de Seguros (Líder) en un 70% y la Compañía de Seguros la Andina en un 30%.

Expresa a continuación que al concurrir al proceso las dos aseguradoras, en calidad de demandantes, se parte de la base “...de una coexistencia de seguros, esto es, de una pluralidad de seguros

para un mismo contrato, que los coaseguradores debían asumir en proporción a la cuantía de sus propios derechos (Art. 1.092 C. Co.)”. Anota que pese a ello, al proceso sólo se trajo el contrato de seguro celebrado con Suramericana de Seguros, más no el ajustado con la Compañía de Seguros La Andina, pacto que por su carácter solemne no puede tenerse por acreditado con la referencia que a él se haga en el anexo de uno de ellos, como lo entendió el ad quem.

En tratándose de coaseguros, explica el censor, los diversos contratos celebrados entre asegurado y aseguradores gozan de identidad y autonomía como fuente de derechos y obligaciones, sin perjuicio de la existencia de relaciones internas entre los aseguradores, al margen de sus respectivos contratos, para el cobro y distribución de la prima *“...con facultades para el denominado “líder”, que obra en nombre propio en lo que corresponde a su contrato, y como mandatario del otro u otros aseguradores en algunos aspectos de la relación. Sin que por ello la pluralidad de contratos de seguro se convierta en unidad”*.

El Tribunal, agrega el impugnador, interpretó la coexistencia de seguros como un sólo contrato, es decir, el recogido en la póliza 15596, expedida por Suramericana de Seguros, desestimando así la necesidad de la prueba del otro pacto, sin reparar en que al tenor del art. 1.092 del C. de Comercio, los aseguradores no tienen obligaciones ni derechos solidarios frente al asegurado. En tales condiciones, como Suramericana asumió su obligación por un 70% y al proceso no se allegó la prueba del contrato celebrado con Seguros la Andina S.A., o de pago indemnizatorio efectuado por ésta, el ad quem incurrió en el desacierto que se le atribuye.

Continúa con el desarrollo del cargo, afirmando que la empresa asegurada tenía la carga de aportar la prueba con el fin de demostrar el contrato de transporte, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, de conformidad con lo establecido por el art. 1.077 del C. de Comercio, pero, pese a ello, no presentó prueba del contrato, ni del pago del precio, en tanto que para acreditar el siniestro arrimó copia de la denuncia penal formulada por un empleado suyo, considerada por Suramericana como suficiente para el efecto señalado.

Manifiesta que el certificado de transporte para la concreción del seguro flotante se expidió el 10 de noviembre de 1989, para amparar el transporte efectuado y siniestrado desde el 3 de noviembre anterior. Destaca que en la misma fecha la asegurada dio aviso del siniestro a la aseguradora, acto que de acuerdo a lo previsto por el art. 1.075 ibídem, debió efectuar dentro de los tres días siguientes a su ocurrencia. Adicionalmente, no acompañó prueba del mismo, ni mencionó la fecha de despacho de la mercancía, ni la forma del transporte, ni presentó la carta de porte u otra prueba del contrato, no obstante lo cual Suramericana de Seguros procedió a reconocer y pagar la indemnización, sin parar mientes en que las informaciones en confianza del asegurado no son suficientes para el efecto, pues *“...El sólo hecho de que una aseguradora efectúe en confianza el pago de indemnización, no reviste de legitimidad su acción, sino que ha de soportarla en los elementos y pruebas que son indispensables. Fue eso lo que, en equivocada interpretación de la escasa e incompleta prueba que obra en el c.1 a fls. 3 a 16 tuvo el ad quem por ‘soporte documental*

requerido' para la subrogación de derechos pretendida por las codemandantes en contra del demandado”.

Con fundamento en lo expuesto solicita casar la sentencia impugnada, para que la Corte, en sede de instancia, desestime las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. El coaseguro constituye una modalidad de coexistencia de seguros, donde un número plural de aseguradores conviene distribuirse entre sí, frente a un asegurado, en una cuota o valor predeterminados, el mismo interés y riesgo asegurados. Este acuerdo debe formalizarse con la anuencia del asegurado, pues por virtud de él se genera una relación asegurativa autónoma con cada uno de los aseguradores, por la cual se obligan a responderle al asegurado por la cuota o valor respectivo del daño indemnizable, constituyendo ella el límite de lo reclamable frente a cada uno de los aseguradores.

En la práctica, *“...Suele pactarse a través de una sola póliza expedida a favor del asegurado, suscrita por cada uno de los aseguradores, con indicación de sus respectivas cuotas cuyo valor agregado equivale a la unidad del seguro. Uno entre ellos, designado con el concurso de todos, debe asumir - provisto de poderes más o menos amplios - la administración del contrato. Es la compañía leader a cuyo cargo corre la coordinación de las relaciones de los coaseguradores (integrados en un consorcio o pool) con el asegurado. Como tal expide el documento justificativo del seguro, lo entrega al asegurado o a sus*

intermediarios, recauda la prima, provee a las modificaciones sucesivas del contrato, recibe los avisos de siniestro, da curso a las reclamaciones, encomienda la liquidación o ajuste de los daños indemnizables y, en fin, dependiendo de la amplitud de sus poderes, con o sin la anuencia previa de los demás coaseguradores, paga las indemnizaciones a que haya lugar conforme a las estipulaciones contractuales. Todo ello no obstante la pluralidad de relaciones jurídicas que el coaseguro genera entre el asegurado y cada uno de los aseguradores. Y la ausencia de solidaridad entre éstos” (J. Efrén Ossa G., pág. 171).

2. El propietario o el titular de un derecho real sobre mercancías movilizadas en desarrollo de un contrato de transporte terrestre, puede protegerse de los riesgos inherentes a dicha operación, contratando un seguro de transporte, seguro de daños de naturaleza real, destinado a amparar las mercancías de todas las contingencias propias del acarreo, salvo las excepciones contempladas en el art. 1.120 del C. de Comercio.

La cobertura asegurativa puede otorgarse para un sólo despacho de mercancías, caso en el que se expide una póliza específica, o para una pluralidad de despachos, durante un determinado período de tiempo, para cuyo efecto se emite una póliza automática de transporte que cubre los riesgos amparados a medida que se desarrolla la actividad, sin que se precise del concierto de voluntades particular para cada uno de los episodios.

En las pólizas de esta última clase, se describe de manera general las condiciones del seguro, dejando la identificación o

valoración de algunos de sus elementos para ser definidos posteriormente en declaraciones tales como anexos, certificados de seguro u otros medios (art. 1.050 C. de Co). Por consiguiente, no es el certificado de seguro el que otorga el amparo, pues éste se ofrece automáticamente desde el perfeccionamiento del contrato, a medida que van surgiendo los riesgos, lo cual puede acaecer aún antes de concretarse los elementos descritos en abstracto en la póliza automática, resultando por lo tanto indiferente que tales certificados se expidan luego de suceder el siniestro, porque, se reitera, no es del acto de su expedición que pende el cubrimiento del seguro, ya que éste se ofrenda desde el perfeccionamiento del pacto, al tenor de la normatividad vigente para la época de ocurrencia de los hechos materia del litigio, es decir, “...desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza” (art. 1.036 in-fine C. Comercio).

3. Ocurrido el siniestro, el art. 1.080 del C. de Comercio, vigente para la época de los sucesos, imponía al asegurador el deber de efectuar el pago de la indemnización, derivada del mismo, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el asegurado o el beneficiario le demostrasen, aún extrajudicialmente, su derecho, “... de acuerdo con el art. 1.077”. Cumplida la obligación, por ministerio de la ley (art. 1096 C. de Comercio), opera la subrogación de los derechos del asegurado, hasta concurrencia del valor efectivamente pagado.

La subrogación establecida por el precepto mencionado, que obra de pleno derecho en tanto el pago se efectúe con sujeción a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, implica para el asegurador hacerse titular de todos los derechos

y acciones que el asegurado tenía contra el responsable del siniestro para pretender el pago de la indemnización “*hasta concurrencia de su importe*”. A su vez, el responsable podrá oponer al asegurador las mismas excepciones que pudiere hacer valer contra el damnificado.

4. Como bien se sabe, el quebranto indirecto de normas de linaje sustancial, instituido como motivo de casación por el art. 368 num. 1º. del C. de P.C., puede originarse en errores de hecho o de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de las pruebas. Por tal razón, cuando se invoca dicha especie de infracción, el recurrente corre con la carga de señalar, con la debida precisión, cuál es la clase de yerro que denuncia. Tratándose del primero, ha de determinar las pruebas inadecuadamente apreciadas y demostrar el yerro cometido. Si acusa el segundo, debe indicar la norma de linaje probatorio que se quebrantó, explicando en qué consiste la infracción y su incidencia en lo dispositivo de la resolución.

5. Haciendo gala de una absoluta falta de técnica, el recurrente enjuicia la sentencia del Tribunal endilgándole la infracción indirecta de normas de linaje sustancial, desentendiéndose por completo de la carga de señalar la forma como se produjo su quebranto y de acatar las exigencias inherentes a la clase de yerro denunciado, en orden a formular idóneamente la acusación. Con todo, no obstante que tales omisiones serían suficientes para desechar el cargo, la Corte haciendo abstracción de dichos defectos, procede a verificar si el sentenciador incurrió en los desaciertos de índole probatoria que le imputa el censor, con la dificultad que genera la imprecisión sobre el tipo de error denunciado.

6. La legitimación de las aseguradoras demandantes para reclamar del presunto responsable del siniestro, el reembolso de lo pagado a la sociedad asegurada a título de indemnización, en ejercicio de la acción conferida por el art. 1096 del C. de Comercio, la dedujo el Tribunal de los siguientes elementos de convicción: a) del contrato de seguro de transporte de mercancías contenido en la póliza automática No. 15596 y los documentos anexos a ella, obrantes de fls. 3 a 16 del cuaderno principal; b) del pago de la indemnización con la cual se atendió la reclamación de la asegurada por la pérdida de la mercancía, acaecida, según advirtió, encontrándose vigentes tanto el convenio como el amparo del riesgo de falta de entrega de la misma.

La crítica del recurrente frente a la conclusión precedente se finca esencialmente en dos pilares: la ausencia de prueba del contrato de seguro ajustado entre la demandante Compañía de Seguros La Andina S.A. y la sociedad Procesadora de Leches S.A., y “... haber tenido por demostrados, sin estarlo, los requisitos exigidos por la ley para el pago de la reclamación por seguro de daño que genera la subrogación de derechos del asegurado por el asegurador, también con violación del art. 1096 del C. Co, por apreciación errada de la prueba aportada sobre aviso del siniestro”.

En relación con el primer aspecto, expuso el Tribunal que acerca de “...el contrato de seguro de transporte, con el soporte y demás documentación anexa (C. No. 1, folios 3 a 16), no existe duda ni tampoco ha habido objeción alguna, por lo que su existencia y demostración cuenta con el respaldo legal suficiente. Así mismo, ha de

destacarse que en esa documentación se advierte el acuerdo de distribución del seguro entre los dos entes codemandantes, en los términos y proporciones que ahí se indican (...) todo lo cual ratifica la legitimación a los entes sociales supradichos...”

En los folios señalados por el ad quem, obra copia auténtica de los siguientes documentos: solicitud para póliza automática de seguro de transporte de mercancías, presentada por Procesadora de Leche S.A. “Proleche” a la Compañía Suramericana de Seguros, el 31 de diciembre de 1986 (fl. 3). Póliza automática de seguro de transporte de mercancías No. 15596, contenida en forma preimpresa de la Compañía Suramericana de Seguros, expedida el 9 de enero de 1987, con vigencia a partir del 1º. de los mismos mes y año, a la hora de las 4. p.m., en la cual se designó a la sociedad Procesadora de Leche S.A. como tomadora, asegurada y beneficiaria. Como bienes asegurados se identifican, entre otros, “...*todos los despachos efectuados entre ciudades en vehículos de propiedad del Asegurado o de terceros, de ... leche en polvo...*”, desde el lugar de origen hasta el lugar de destino final, cubriendo el riesgo de la “...*Falta de entrega*”, entendida como “...*la no entrega por extravío o por Hurto y Hurto Calificado, según su definición legal, de uno o más bultos completos (contenido y empaque) en que se halle dividido el despacho*”. Indica igualmente la póliza, los riesgos excluidos, la suma máxima asegurada por cada despacho, algunas condiciones particulares del contrato, a las cuales se aunaron las contenidas en el documento visible a fls. 5 a 7 y además se especificó que las compañías Suramericana, La Andina y La Fénix concurrían como coaseguradoras, en una proporción del 60%, 30% y 10%, respectivamente, compañías que junto con el asegurado

rubricaron la póliza (fl. 7). Las condiciones generales de la misma, recogidas en el documento que obra a fls. 11 a 16, cuyas cláusulas décima primera y décima segunda regulan lo atinente a la forma de calcular la prima de seguro y su pago. El documento fechado el 16 de febrero de 1987, mediante el cual se convino una extensión de los amparos inicialmente acordados, suscrito por las tres aseguradoras. El documento calendarado el 21 de julio de la misma anualidad, haciendo constar que *“...Por instrucciones del asegurado, en carta Nro. 11324 de agosto 24/87, la nueva distribución de las Compañías Aseguradoras que intervienen en la póliza de Transportes Nro. 15596 será: ... Compañía Suramericana de Seguros (Líder) --- 70% (...) Compañía de Seguros La Andina --- 30%”*, suscrito por una y otra. El documento expedido el 21 de diciembre de 1988, con vigencia desde el 19 de diciembre anterior, para aumentar el límite de responsabilidad inicialmente fijado, a los topes que allí se detallan, signado por aseguradoras y asegurado.

Ahora bien, si la póliza mencionada, suscrita por las aseguradoras demandantes en su condición de coaseguradoras, por cuanto se distribuyeron el interés y riesgo asegurados en la proporción determinada, aunada a los anexos que forman parte de la misma, recoge los elementos esenciales y requisitos del contrato de seguro de transporte de mercancías ajustado con Procesadora de Leche S.A., el cual por lo demás se hallaba vigente para la época de ocurrencia de los hechos materia del litigio, necesariamente tiene que concluirse que en ningún desatino incurrió el ad quem, cuando con apoyo en los documentos referenciados halló demostrado el citado contrato (arts. 1036, 1047 y 1048 del C. de Comercio).

Lo anterior, porque si bien es cierto que el coaseguro implica una pluralidad de negocios asegurativos, tal como quedó explicado, esa multiplicidad contractual no repele, per se, la unidad documental, de manera tal que los diversos contratos consten en una misma póliza, más cuando existe identidad de asegurado, riesgo e interés asegurable, pues lo que al fin de cuentas importa es la especificación de los elementos esenciales de cada una de las relaciones, así como la formalización con arreglo a las solemnidades legales, como en este caso ocurrió, incluyendo la firma de la póliza por sendas aseguradoras, conforme a la exigencia del art. 1046 del C. de Comercio, vigente para entonces.

De otro lado, el reproche que el recurrente le hace al Tribunal de interpretar, “...siguiendo la demanda, la coexistencia de seguros, como un solo contrato”, además de no corresponder a la realidad, pues el fallo impugnado no contiene ninguna argumentación en el sentido indicado, de existir, constituiría un razonamiento de carácter netamente jurídico, cuyo cuestionamiento no resulta dable proponer por la vía elegida por el censor.

En relación con la ausencia de prueba del cumplimiento de los requisitos que incumbían al asegurado para que la aseguradora pudiese efectuar el pago de la indemnización, el recurrente le atribuye al Tribunal inadvertir que aquel no acreditó el contrato de transporte, el pago del precio y la ocurrencia del siniestro. Le endilga, asimismo, no reparar en que la entidad asegurada no dio aviso del siniestro dentro de los tres días siguientes a su ocurrencia, ni informó la fecha de despacho de la mercancía, ni la forma del transporte, amén

de no percatarse tampoco que el certificado de transporte se expidió luego, cuando había ocurrido el siniestro de la mercancía cobijada por el seguro.

Sobre las anteriores objeciones debe anotarse que de acuerdo con lo establecido por los textos legales precedentemente mencionados, los reparos del recurrente se cimentan en exigencias no contenidas en la ley, pues aquellos sólo condicionan el pago de la indemnización, a la demostración, por parte del asegurado, de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

Por lo demás, en cuanto tiene que ver con la prueba de la ocurrencia del siniestro, único de los requisitos legalmente exigidos al cual se refiere el cuestionamiento del recurrente, debe acotarse que éste se limitó a expresar que *“...como prueba del siniestro, que Suramericana de Seguros S.A. tuvo, con aquello, como suficiente, le envió copia de la denuncia penal de un empleado suyo, según la cual sucedió un asalto a mano armada en carretera, con hurto de la carga”*, sin especificar si el yerro de valoración que le endilga al ad quem se relaciona con la presencia objetiva de la prueba de dicho suceso, o con una apreciación que desborda su contenido, o por el contrario, si el desacierto incumbe a la contemplación jurídica de la prueba del mismo, es decir, si el error fue de hecho o de derecho, que es imprecisión que a la Corte le está vedado depurar para adentrarse en el examen de la acusación.

Finalmente, el yerro por inadvertir que el certificado de seguro No. 475676, expedido en aplicación de la póliza No. 15596, para la concreción de los bienes cobijados por el amparo otorgado en

dicha póliza, se extendió en fecha posterior a la ocurrencia del siniestro, resulta anodino para desquiciar la conclusión del Tribunal que viene considerándose, porque como se anticipó, para efectos de la cobertura concreta es indiferente que el certificado se haya expedido luego del suceso, estándose como se está, frente al tipo de póliza que constituye la No. 15596.

Por otra parte, si bien el pago de la indemnización correspondiente al siniestro 1891 que afectó la póliza No. 15596 lo efectuó la Compañía Suramericana de Seguros S.A., de acuerdo al documento que milita a fl. 17 - 1, en ejercicio de sus facultades de líder, lo cierto es que el asegurado dio por recibida la indemnización de parte de aquella *“...y de las Compañías Coaseguradoras, en los porcentajes indicados en el cuadro”*, en tanto que Suramericana recibió de Seguros La Andina S.A. la cantidad de *“...\$6.567.374.00 mediante el proceso de cruce de cuentas que se adelanta entre cosaseguradoras, correspondientes a la participación del 30% que dicha aseguradora tiene en la póliza No. 15596 de la Procesadora de Leche S.A. Proleche, afectada por el siniestro de 3 de noviembre de 1989”*, conforme a la constancia expedida por la primera, visible a fl. 27 del cuaderno principal, circunstancias que sin lugar a dudas ponen al descubierto la ausencia de razón en el impugnante, pues de acuerdo con los referidos documentos el sentenciador en manera alguna supuso la prueba del pago efectuado por Seguros la Andina S.A.

En armonía con lo anterior, el cargo resulta impróspero.

CARGO SEGUNDO

En éste se acusa la sentencia de ser violatoria en forma indirecta, por aplicación indebida, de los artículos “...981, 983 -en concordancia con los arts. 25 y 515-, 989, 991, 992, 1008, 1009, 1010, 1022, 1031, 1035 del C. de Co. y 18 del D. 01 de 1990”; de los artículos “... 864, 871, 3, 5 y 6 del C. Co. en concordancia con el Art. 822 C. de Co. y, por referencia de éste, los artículos 1494, 1495, 1508, 1510, 1581, 1583, 1603, 1618, 1973, 1974, 1982, 1996, 1997, 1999, 2000, 2005, 2008 - 2 del C.C., y los Arts. 174, 176, 177, 187 y 190 del C.P.C.” por falta de aplicación, “...todo debido a interpretación errada de pruebas traídas al Proceso”.

En su desarrollo comienza el recurrente por expresar que el Tribunal tuvo por demostrado el contrato de transporte de cosas en el cual fincó su decisión, en la carta suscrita “...por el supuesto gerente de la también citada Empresa de Transporte Luis E. Lara, en la que se refiere al transporte de una mercancía de Proleche, la declaración de parte del señor Luis Emilio Lara y las declaraciones de los señores Alvaro Chaverra y José Moncada, además de “la práctica cotidiana y la legislación vigente”, según es su texto”.

En relación con la carta mencionada en primer lugar, expresa que de no resultar desvirtuada por otras probanzas, el Tribunal dejó de considerar que “...resultaría escrita por la persona jurídica supuesta transportadora”, excluida del proceso como consecuencia de la reforma a la demanda presentada por la parte actora, por no poder allegar la prueba de su existencia, en cumplimiento al mandato

contenido en el art. 78 del C. de P.C.. Agrega que merced a ello quedó marginado del litigio todo lo relacionado con dicha entidad, incluida la comunicación en mención. Además, advierte que si bien el error cometido al tener por existente la mentada sociedad, cuando Luis Emilio Lara no ha tenido empresa de transportes, se rectificó, con todas las consecuencias legales, la sentencia “... *al hablar de la práctica cotidiana y la legislación vigente*”, insiste en tomar dicha carta como prueba del contrato de transporte invocado, complementándola con la declaración de parte del demandado, cuando la legislación vigente no es prueba de hechos, en tanto que la práctica cotidiana, corresponde a la costumbre mercantil, cuya prueba está supeditada a las reglas contenidas en los arts. 3, 5 y 6 del C. de Comercio, en concordancia con el art. 190 del C. de P.C., sin que de ella exista rastro en el proceso.

Por otra parte, “...*la ley invocada como prueba*”, es decir, el art. 18 del Decreto 01 de 1990, no regía cuando ocurrieron los hechos materia de la demanda y en todo caso sólo contiene una definición del transporte mercantil “... *que en nada brinda pie a la idea que el sentenciador quiso armar*”.

Anota que a tan inconsistentes y vaporosos elementos de convicción, el Tribunal agregó la declaración de Alvaro Chaverra y “*la carta de porte o memorando No. 1393, suscrita por el mismo*”, para tener por acreditado el contrato de transporte mencionado.

En relación con la primera, manifiesta que de haber analizado el ad quem dicha declaración, en todas sus partes, habría

observado que *“...él, Chaverra, fue chofer del cabezote en el viaje dispuesto por Proleche, porque así arrendaba el señor Lara su equipo de tracción, conducido por dependiente suyo pero no para transportar mercancía sino para traccionar el furgón de Proleche, al sitio, en el día y en la forma determinados por ésta, en los que nada tuvo que ver el demandado Lara”*. Para explicar tal acusación expresa que hubo dos viajes organizados por Proleche: uno de Medellín a Cereté, sin transportar carga y otro de Cereté a Medellín, en los cuales el tractocamión hizo el mismo trabajo: *“... en el primero, de tracción del furgón de Proleche, como ésta lo había puesto, vacío o lleno; en el segundo, traccionar el mismo furgón, como Proleche lo había puesto”*, sin que pueda argumentarse que en el primer viaje no existió contrato de transporte comercial, por no transportarse carga, pues el contrato que se configuró fue de *“locación de cosa, consistente en un equipo de tractocamión manejado por persona de confianza del propietario, como hoy se hace con todo arrendamiento de equipo delicado (tractores, excavadoras, equipos de precisión) sin que por eso se altere la naturaleza del contrato”*.

Argumenta que si bien el Tribunal desechó la existencia de un contrato de arrendamiento de equipo entre el demandado como arrendador y Proleche como arrendataria, afirmó que Proleche *“arrendó o prestó el furgón”* al demandado, confundiendo éstas dos figuras jurídicas. Recaba que al confundir el fenómeno físico del transporte con la institución jurídica del contrato de transporte, el ad quem admitió la existencia de un contrato de comodato o de arrendamiento, no alegado ni probado por ninguna de las partes, *“...todo con base en un juicio muy exótico según el cual el furgón, por ser*

“adminículo inerte” no hace parte del transporte, sino que éste lo realiza la que se denomina “parte dinámica”, cuando el transporte de carga se realiza con el conjunto de partes o elementos empleados en ello, pues el furgón o jaula no es adminículo inerte, como finge el fallo, sino parte móvil destinada al transporte, de acuerdo al art. 2º. del Código Nacional del Transporte, en tanto que el tractocamión no puede técnica ni legalmente efectuar por sí sólo el transporte de carga, porque su finalidad es hacer la tracción de la jaula o furgón. ...Ninguno de los dos sin el otro puede hacer transporte”.

Manifiesta que al estar concordado por las partes que los dos instrumentos que conformaron el vehículo de transporte de la carga eran de propiedad, uno del demandado y el otro de Proleche, resulta injurídico afirmar que por la sola propiedad de uno de ellos existió un contrato de transporte, por cuanto era necesario acudir a otros elementos de juicio existentes en el proceso cuya consideración omitió el sentenciador, entre ellos los constitutivos de la empresa, de acuerdo con lo establecido por el art. 25 del C. de Comercio, para colegir que Proleche es quien tiene organizada una actividad económica para la circulación de mercancía, contando para tal efecto con todo un sistema de transporte que incluye sus propios tractocamiones y furgones, personal dedicado a la actividad y horarios de despacho de vehículos y de mercancía. Aunque esta empresa si bien es para su servicio interno, por ello no deja de ser empresa, circunstancia que emerge de la inspección judicial realizada en el curso del proceso, los testimonios de Alvaro Chaverra, José María Moncada *“y los demás traídos al proceso”*, en tanto que Lara sólo es propietario del cabezote o tractocamión, *“... cuyo uso esporádicamente contrataba con Proleche”*.

Seguidamente el censor discurre sobre el contenido de los arts. 983 y 991 del C. de Co., antes de la reforma que les introdujo el Decreto 01 de 1990, en torno a las relaciones que se suscitan entre el “*...propietario del vehículo diferente del empresario de transporte*”, coligiendo que uno y otro se refieren a las empresas de servicio público de transporte y que en el asunto sub-júdice no se estructura la hipótesis prevista en el art. 983, por no existir contrato de vinculación, sino que “*...Proleche, empresa particular, fue arrendataria del cabezote o tractocamión, para la tracción de su furgón, en el que habría de ser transportada entre sus plantas su cargamento de leche en polvo, bajo la dirección del jefe de Transportes de la misma empresa, señor Moncada.*”

Otra ficción de la sentencia impugnada, prosigue el recurrente, es la de una supuesta carta de porte, tomando por tal “*...el recibo de mercancía que el conductor Chaverra firmó en Cereté como documento interno entre plantas de Proleche*”, pues de poder aceptarse como dicho documento, se constituiría en la única prueba admisible del contrato de transporte, en tanto que el remitente o el destinatario sólo podrían hacer efectivos los derechos resultantes del pacto, en caso de ser tenedores legítimos de la misma, e igualmente habría que atenerse a sus términos, sobre nombre y dirección del destinatario, lugar de la entrega, naturaleza, valor, número, peso y volumen de las cosas, nada de lo cual consta en el aludido documento. Contrario a lo afirmado por el Tribunal, manifiesta el casacionista, no existe ninguna prueba de la existencia de un contrato de transporte comercial a cargo del demandado, pues todo el acervo probatorio apunta a demostrar “*...que*

la relación contractual entre éste y Proleche, consistió en la entrega del tractocamión a Proleche, para el uso que la misma Proleche indicara, por un canon o precio”, mientras que el objeto de dicho convenio, no empece su importancia, no fue objeto de análisis por parte del sentenciador.

Considera que si a pesar de la ausencia de elementos probatorios se admitiese que Luis Emilio Lara tuvo la intención de celebrar el tantas veces mencionado contrato de transporte con Proleche, habría que establecer qué fue lo que se obligó a conducir: la mercancía, que no sabía en qué consistía, ni su volumen, forma de empaque o valor, ni cuándo o de dónde y hacia qué lugar habría de portarla, o solamente el furgón de Proleche: vacío o cargado, debiéndose inferir que su compromiso se contrajo a lo último, habida cuenta que conducir, con vehículos propios o arrendados, leche en polvo y otros elementos entre sus plantas de producción, era negocio de Proleche. Consecuentemente habría que deducir que satisfizo su obligación con la entrega del bien arrendado, pues si bien en la modalidad del arriendo pactado la responsabilidad se extendía a la debida conducción del tractocamión por el chofer, este aspecto no fue objeto de reproche ni se constituyó en materia del proceso.

Agrega que así el conductor Alvaro Chaverra, fuera dependiente de Lara, la declaración de parte de éste y los testimonios del mismo Chaverra y de José María Moncada, tachado por parcialidad, revelan que el chofer fue puesto a órdenes de Moncada, a la sazón Jefe de Transporte de Proleche, junto con el tractocamión y así quedó delegada la dependencia de Lara a Proleche, circunstancia que

no tuvo en cuenta el Tribunal al tomar la vinculación laboral del conductor como factor determinante del contrato de transporte.

Por la razón expresada, prosigue, *“...cuando Chaverra firmó el recibo de leche en polvo en Cereté, no lo hizo por órdenes y como dependiente de Luis Emilio Lara sino por órdenes y como subordinado para ese efecto, de José María Moncada, vale repetir, de Proleche”*.

Con fundamento en lo anterior solicita casar el fallo recurrido para que la Corte, en sede de instancia, revoque la sentencia del a quo y en su lugar desestime las pretensiones de la demanda.

SE CONSIDERA

1. Mediante el contrato de transporte mercantil, una parte, denominada transportador, transportista o porteador, se obliga con otra, a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y en el plazo fijado, personas o cosas, y a entregar éstas a su destinatario, a cambio de un precio denominado flete o porte (art. 981 C. de Comercio). Tratándose de un contrato eminentemente consensual, su perfeccionamiento sólo precisa el concierto de voluntades de las partes contratantes *“...y su prueba puede hacerse por cualquiera de los medios legales establecidos por el código de procedimiento civil (arts. 822 y 981 del C. de Co), máxime cuando no se expide carta de porte, pues cuando ocurre lo contrario tal documento facilita la prueba”* (Cas. Civ. del 9 de octubre de 1980).

Por virtud de dicho pacto, el transportador queda principalmente obligado al desplazamiento de las personas o cosas objeto del mismo al lugar de destino, desplazamiento que en todo caso constituye la finalidad misma del transporte y puede ejecutarse utilizando cualquier clase de medio, sin perjuicio desde luego que los contratantes, en ejercicio de la autonomía que les asiste, fijen el que debe utilizarse para efectuarlo.

Cuando para ello se empleen vehículos, éstos pueden ser o no de propiedad del transportador, conforme lo dan a entender los arts. 983 y 984 *ibídem*, cuando el primero autoriza a la empresa transportadora prestar el servicio en vehículos que no sean “*de su propiedad*”, celebrando “*con los dueños de éstos el respectivo contrato de vinculación*”, o para “*encargar la conducción, en todo o en parte a terceros*”, sin que por ello se modifiquen los términos del contrato. Puede, en consecuencia, destinar al efecto, vehículos propios, o aquellos que sólo detente por virtud de un título de mera tenencia, e inclusive de propiedad de la persona que debe transportar, o del dueño de las cosas que debe trasladar, porque lo esencial es que sea él quien tenga el poder y dirección de la operación del transporte, pues en caso contrario el contrato podría derivar en otra especie de relación negocial. En otras palabras, la propiedad del automotor en el cual se hace el desplazamiento de la mercancía, es insustancial para la identificación del concepto legal de transporte, porque lo que caracteriza este tipo de negocio es la existencia de una persona llamada porteador o transportador que directamente asume la obligación de trasladar las cosas del lugar de origen al sitio de destino, bajo su propia custodia, recibiendo como contraprestación un precio.

De manera que es ese poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, atribuible al porteador, el que permite caracterizar y diferenciar el transporte de otros contratos, tales como el arrendamiento de vehículo y el “*contrato de remolque*”, porque en estos últimos, conforme al entendimiento de la jurisprudencia y doctrina externas, la operación o el hecho físico del desplazamiento del vehículo arrendado o remolcado, queda bajo la dirección y control del arrendatario o del remolcado. Concretamente, Rodière, citado por Tamayo Jaramillo, plantea la diferencia cuando expresa: *“El transportador debe tener la gestión a la vez técnica del vehículo y comercial del desplazamiento que efectúa. Es este dominio lo que justifica la pesada responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se ha hecho cargo de la mercancía. Este dominio marca la independencia del empresario en relación con el estado de dependencia jurídica de un asalariado ligado por un contrato de trabajo y es el motivo por el cual no sabríamos, como se intentaba a veces en el siglo XIX, asimilar el contrato de transporte a un contrato de arrendamiento de servicios”*.

2. Incurriendo en la mismas deficiencias advertidas en el cargo anterior, el recurrente le atribuye al sentenciador infringir indirectamente las normas sustanciales precedentemente relacionadas, sin especificar la forma como se produjo tal infracción. Con todo, haciendo abstracción de tales falencias, debe señalarse que en todo caso el cargo no está llamado a prosperar, como enseguida se verá.

El Tribunal dedujo que “... *el contrato celebrado entre el remitente y el demandado, es un contrato de transporte, debidamente comprobado a través de la declaración de parte del último y de su carta dirigida a la remitente, son documentos que obran (en el cuaderno No. 1, folios 22, y C. No 4, folios 1 a 3); y aún la declaración del conductor Alvaro Chaverra, dependiente del demandado (C. No. 4, folios 22 y ss.). Adiciónase a esto la carta de porte o memorando No. 1393, suscrita por el mismo conductor en la que se refiere el despacho de la leche en polvo; que es igualmente corroborado en su declaración*”.

El censor enjuicia la conclusión fáctica extraída por el ad quem, pues en su opinión los elementos probatorios cuya errónea apreciación le endilga, demuestran que lo verdaderamente convenido por las partes fue un contrato de arrendamiento del tractocamión, obrando Luis Emilio Lara como arrendador y Proleche como arrendataria, por el cual el primero entregó el “...*tractocamión a Proleche, para el uso que la misma Proleche indicara, por un canon o precio*”. Considera que de admitirse, contra toda evidencia procesal, la celebración de un contrato de transporte entre las mismas partes, idénticas pruebas revelan que el objeto del convenio no era el acarreo de mercancía, porque el transportador ignoraba en qué consistía, su volumen, forma de empaque, valor, cuándo, de dónde y hacia qué lugar habría de portarla, pues realmente se trataba del desplazamiento del furgón de Proleche, en las condiciones que ésta quisiese, es decir, vacío o cargado.

Refiriéndose a la declaración de parte del demandado, expresa que el Tribunal no señaló de dónde extrajo

semejante conclusión. Respecto del testimonio del conductor, Alvaro Chaverra, estima que de haberlo apreciado en toda su extensión, habría *“...encontrado que confirma la posición del demandado, de que él, Chaverra, fue chofer del cabezote en el viaje dispuesto por Proleche, porque así arrendaba el señor Lara su equipo de tracción, conducido por dependiente suyo pero no para transportar mercancía sino para traccionar el furgón de Proleche, al sitio, en el día y en la forma determinados por ésta, en los que nada tuvo que ver el demandado Lara”*.

Como el desacierto que en el punto le achaca el recurrente al Tribunal se relaciona con la contemplación objetiva de los elementos probatorios relacionados, en cuanto le imputa extraer de ellos conclusiones fácticas que no emergen de su real contenido, examinados por la Sala con el propósito de establecer si el sentenciador incurrió en el yerro de valoración probatoria que se le atribuye, en el tópico preindicado, se observa:

Luis Emilio Lara Buitrago, en su declaración de parte, manifestó que el 3 de noviembre de 1989 era propietario exclusivo del vehículo de placas LG 43-43, cabezote, época para la cual *“... A mí me llamaba Jesús María Moncada al taller y me decía necesito un cabezote para un transporte a tal parte podría ser Yarumal o a Cereté, porque el que organizaba los viajes era él y no yo, entonces me decía que le mandara un cabezote y yo se lo mandaba y él le decía al conductor que para tal parte (...), el conductor iba cuadraba el carro con su furgón y se lo cargaban los de la compañía y se venía a traer el viaje a Medellín. El cabezote no sirve sino para engancharse a un trailer, un furgón y un*

tanque que era los aparatos que tenía Proleche para engancharlo al transporte y una vez enganchado el furgón se le echaba la carga y la traían y descargaban en el sitio que decían, del resto solo no servía para nada". Agregó que el furgón de Proleche que se enganchó al cabezote de su propiedad, al cual se refirió en la carta remitida a dicha entidad el 4 de diciembre de 1989, cuya rúbrica reconoció, no tenía motor, se sujetaba al cabezote por medio de *"... una parte que se llama quintarueda"*, y no contaba con conductor independiente. Expuso que desde aproximadamente un año atrás, venía utilizando regularmente el cabezote de placas LG 43-43 para *"...transportarle leche a Proleche"*. Preguntado por las condiciones en la cuáles efectuaba dicho transporte, respondió que *"... los fletes eran de Cereté a Medellín era de \$8.050 la tonelada y después nos hicieron un pequeño reajuste que no recuerdo de cuánto fue, porque ellos decían que estaba barato. (...) Ellos normalmente despachaban los carros a las 6 o siete de la mañana de Cereté a Medellín y en esa fecha no se a que salió, los choferes iban directamente a la planta de Proleche en Cereté..."*. Advirtió no saber a que horas lo cargaban y lo despachaban, es decir, si era en las horas de la mañana o en las horas de la tarde, porque si se comunicaba con el administrador de Proleche en Medellín le avisaban que estaban despachando el carro, pero no le indicaban la hora, pues eso era del manejo interno de la compañía. Manifestó que muchas veces ignoraba para dónde iban a despachar el carro, por cuanto *"... el despachador directo era Jesús María Moncada y en Cereté era el administrador de allá"*. Interrogado por el contenido del furgón enganchado al cabezote de su propiedad para el viaje de Cereté a Medellín, manifestó tener entendido que se trataba de un viaje de leche y no saber su valor *"... porque allá nunca me dijeron este kilo de leche o estos 30 kilos valen tal precio, tampoco*

sabía yo cuanto era el tonelaje iba a ser el despacho”, acotando que nunca le informaron que le iban a pagar un sólo centavo por ese viaje, ni formuló cuenta, pues esperaba algún comunicado de Proleche, el cual nunca llegó. Expresó que dicha entidad no le exigió ningún documento para acreditar la conducción de la mercancía “... y únicamente le hacían firmar al conductor una planilla por el despacho” (fls. 1 a 3 - 4) .

Alvaro León Chaverra Franco, conductor del cabezote de propiedad del demandado, manifestó conocerlo desde unos tres años antes de rendir su declaración (6 de abril de 1992), porque había trabajado para él, como conductor de una mula, correspondiéndole “... mover leche en polvo, maquinaria, leche líquida, cemento”, siendo algunos de los cargamentos remitidos por Proleche. Expresó que percibía un sueldo de cinco mil pesos, un porcentaje y prestaciones sociales. Que Luis Emilio Lara era propietario de otros vehículos y “... movía mucho mercancías a Argos y Proleche”, cobraba los fletes o costos del transporte y sufragaba los gastos de mantenimiento y acondicionamiento del vehículo manejado por él. Preguntado por la entrega de la mercancía transportada en el viaje realizado desde Cereté a Medellín, relató que allá se la entregó la persona encargada de la bodega “... me parece que Randi y los señores coteros”, exigiéndole firmar una planilla que dan en Proleche, en la cual se especifican la cantidad de bultos y la clase de leche, aspectos que verificó por estar presente cuando se cargó el carro, viendo que “... los arrumes estén completos y los bultos que le entreguen a uno”. Dijo que la leche cargada en el furgón estaba almacenada en una bodega y de allí se pasaba al furgón. Que luego de cargarse el furgón, encontrándose pegado ya al

cabezote, enganchamiento que él mismo realizaba, verificaba que las puertas estuvieran cerradas. Expresó que en el furgón no viajaba ningún empleado de Proleche que tuviese a su cargo la vigilancia de la carga. Interrogado acerca de si una vez recibido el furgón y la carga era él *“...la única persona a quien correspondía el traslado de ese furgón y la vigilancia del mismo y de su carga hasta Medellín”*, contestó: *“... Sí, porque era que yo estaba a cargo del carro y del viaje”*. Agregó que Luis Emilio Lara le entregó los papeles del carro, consistentes en la tarjeta de operación, del seguro y matrícula, mientras que Proleche le dio la tarjeta del trailer. Añadió que la remisión y cumplido eran entregados por la persona que le daba la carga. Expuso que el furgón empleado a principios de noviembre de 1989 para el transporte de la carga mencionada no era de propiedad de Luis Emilio Lara sino de Proleche, tiene 18 llantas, dos series y necesita acoplarse en otro para poderse movilizar. Manifestó, además, que en esa oportunidad viajó en el tractocamión del demandado hasta Cereté, pues *“... Proleche le pagaba a don Luis y le prestaba el furgón a don Luis, él permanecía o don Luis con el furgón y cuando no había viaje de leche en polvo en el furgón entonces desenganchaba uno y enganchaba un tanque de leche líquida. Esa vez el furgón lo tenía yo y yo a mí en Medellín Proleche me dio la orden para que yo fuera a cargar a Cereté, esta orden me la dio Jesús Moncada y la orden era para cargar un viaje de leche”*. Por último, al preguntársele si en esa oportunidad Luis le especificó cuál era la carga a transportar, respondió: *“...La tarifa de don Luis, don Luis lo único que hacía era mandar el cabezote a Proleche y allí le decían a uno don Jesús María Moncada quien era como el segundo jefe mío que era lo que uno tenía que cargar”*. Especificó que el cabezote solo, sin trailer, no podía transportar mercancía alguna.

Como resulta del compendio anterior, el sentenciador no incurrió en el desacierto que se le imputa, porque de tales pruebas no emerge, ni por asomo, el contrato de arrendamiento del vehículo de placas LG 43-43, por parte del demandado Luis Emilio Lara Buitrago a Proleche, propuesto por el impugnador, pues en forma alguna develan que aquel hubiese concedido el goce del vehículo en mención, provisto de conductor, a Proleche, para que ésta le diese la utilización que estimase conveniente, quedando a sus órdenes el conductor del automotor. Por lo demás, es claro que el señor Lara Buitrago siempre ha asumido la posición de empresario de transporte de mercancías, como claramente lo hace notar su propio conductor y se colige del trato desarrollado con distintas empresas, entre ellas Proleche.

Por el contrario, la conclusión del fallador, alusiva a la celebración de un contrato de transporte, entre las misma partes, para la conducción del cargamento de leche descrito en el documento suscrito por Alvaro Chaverra, conductor asalariado del demandado, no resulta marginada de lo que dichas pruebas exteriorizan, pues conforme a ellas, en desarrollo de una mecánica previamente concertada con Proleche, el demandado Luis Emilio Lara Buitrago, por conducto de Alvaro Chaverra, empleado suyo, envió a Cereté el tractocamión de placas LG 43-43 con el objeto de recibir la mercancía que debía conducir, a cambio de un flete previamente convenido con la remitente (de acuerdo al tonelaje de carga transportado), desde allí, hasta la ciudad indicada por la remitente, mercancía que recibió el conductor, con pleno conocimiento de sus especificaciones, cargada en un furgón de propiedad de Proleche, acoplado al tractocamión

mencionado, circunstancia que según advirtió el Tribunal, no desnaturaliza el aludido pacto, por cuanto el control de la operación de transporte, efectuada en el vehículo compuesto en la forma descrita, lo asumió íntegramente el transportador, porque las órdenes impartidas por la remitente estaban dirigidas a fijar las condiciones en las cuales habría de producirse la entrega de la carga, (lugar, día, hora), más no a controlar la ejecución del transporte, es decir, la movilización de la mercancía, actividad en la cual el transportador conservó plena autonomía, como lo admitió el mismo conductor, quien al ser cuestionado sobre el particular fue enfático en afirmar que recibida la leche sólo él quedaba a cargo del carro y del viaje.

Por razón de lo anterior, así el sentenciador hubiere cometido los errores que se le endilgan como consecuencia de inadvertir que la carta fechada el 4 de diciembre de 1989, visible a fl. 22 del cuaderno principal fue suscrita por la sociedad Transportes Luis Emilio Lara; considerar como carta de porte el documento firmado por el conductor, visible a fl. 20 del mismo cuaderno y no percatarse que Proleche, *“...tiene organizada una actividad económica para la circulación de mercancía”*, disponiendo *“...de todo un sistema de transporte, incluidos sus propios tractocamiones y furgones, patios de carga, su personal a ello dedicado, sus horarios de despacho de vehículos y de mercancía...”*, tales yerros a la postre resultarían intrascendentes, pues el contrato de transporte celebrado entre las partes, en los términos y para el fin señalado, seguiría sustentado probatoriamente en los elementos de convicción precedentemente mencionados, indemnes del ataque propuesto en su contra.

Similar acotación cabe hacer en torno al cuestionamiento concerniente con la especie de relación comercial que medió entre las partes para permitir la utilización del furgón de propiedad de Proleche en la movilización de la carga, porque aún en el evento de haber desacertado el juzgador al concluir que se trató de un contrato de arrendamiento o de un contrato de comodato, sin sustento probatorio alguno, lo cierto es que la conclusión fáctica enjuiciada por el censor no sufriría ninguna variación, pues la determinación y prueba de tal circunstancia carece de ingerencia en la estructuración del contrato de transporte, porque como ya se explicó, es el control y dirección de la operación lo que al fin de cuentas lo identifica, lo cual fue objeto de comprobación.

Por otra parte cabe advertir la falta de simetría que guarda la crítica formulada al fallador por inferir el contrato premencionado de la práctica cotidiana y la legislación vigente, porque la argumentación verdaderamente expuesta por éste se concretó a invocarlas para precisar en quién puede concurrir la calidad de transportador, tópico sobre el cual expuso que en la práctica, *“...son múltiples los acuerdos de transporte celebrados entre personas naturales, que tienen todos los efectos legales que les asigna el Decreto 01 de 1.990, particularmente en su artículo 18...”*, alegación que por ende resulta vana para el fin pretendido, pues la presunción de legalidad y acierto que por principio ampara la sentencia del Tribunal, sólo puede destruirse desquiciando los argumentos que le sirvieron de pilar, no los que por su cuenta quiera introducirle el impugnador.

Por lo expuesto, el cargo no está llamado a prosperar.

CARGO TERCERO.

En éste se acusa la sentencia de quebrantar, en forma directa, los artículos 63, 64 (Art. 1o. de la L. 95 de 1890) y 1604 del C.C.; 822 y 992 del C. Co., por interpretación errónea.

En lo fundamental de la acusación dice el recurrente que *“...En la hipótesis, que la prueba traída al proceso desvirtúa, de que entre la sociedad Proleche S.A. y Luis Emilio Lara se hubiera celebrado contrato de transporte de leche en polvo, habría que analizar que ninguna disposición legal ha modificado el sistema de responsabilidad del transportador, como el fallo impugnado - apoyándose equívocamente en sentencia de la H. Corte- interpreta, de forma que coloca al transportador en la azarosa inferioridad de que la piratería terrestre, el asalto en carretera, no constituyen para él fuerza exonerante, si no demuestra que tomó todas las medidas necesarias para evitarlo, sin analizar que ninguna medida está a su alcance para evitar esa piratería que mina el transporte de carga en el país y que para evitar ese riesgo solamente le queda el camino de abstenerse de ejecutar el transporte, vale decir, de incumplir voluntariamente el contrato. Lo que envuelve una contradicción.*

Continuando con el desenvolvimiento del cargo expresa que en materia de responsabilidad del transportador, la única diferencia introducida por el art. 992 del C. de Co. a la regla consagrada en el art. 1604 del C.C., consiste en que la fuerza mayor que impida el cumplimiento del contrato, cuya prueba corresponde a quien la alega, debe haber ocurrido sin *“culpa del transportador”*, previsión que a su

juicio acompasa con lo prescrito por el inc. 2º. del art. 1604 citado, en cuanto condiciona la *“aplicabilidad de la fuerza mayor o caso fortuito, a que no haya sobrevenido por culpa del deudor”*. Así pues, prosigue el recurrente, la fuerza mayor debe ser probada por quien la alega, y la culpa del deudor que la desvirtúa, por quien la imputa, salvo que exista presunción contra el obligado, pues la negación del transportador consistente en que la fuerza mayor no ocurrió por su culpa, es indefinida.

Situándose en el campo del contrato de transporte, manifiesta que el art. 2073 del C.C., prevé que el acarreador es obligado a la entrega de la cosa, en el paraje y tiempo estipulados, salvo que pruebe fuerza mayor o caso fortuito, advirtiendo que *“... no podrá alegarse por el acarreador la fuerza mayor o caso fortuito que pudo con mediana prudencia o cuidado evitarse”*. Por otra parte, el art. 992 del C. de Co. prescribe que *“... El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña ... y además adoptó todas las medidas razonables que hubiera tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación”*.

Manifiesta a continuación que el conductor de un vehículo de carga no tiene porque ser diestro en el uso de las armas, máxime cuando por regla general no las puede portar. Anota que éste debe centrar su atención en el timón, no en las armas, lo cual le impide fugarse fácilmente del ataque, *“... única defensa que el ciudadano de a pie puede intentar, las más de las veces con letales consecuencias”*.

Agrega que es tan extrema la situación de inseguridad que se padece, que la única medida de prevención que podría tomarse para evitar el asalto a mano armada en parajes despoblados sería abstenerse de transitar por ellos, circunstancia que llevada al contrato de transporte de carga y pasajeros por las carreteras troncales y por aquellas “... *en las que ataca la piratería terrestre*”, implicaría su negación.

A partir de dicha conclusión expresa que en el examen de la configuración de la fuerza mayor debe campea el sentido común; que la exoneración de responsabilidad por razón de ella no exige “*medidas no razonables e imposibles*”, sino la “*mediana prudencia y cuidado*” a que alude el art. 2073 del C.C. Que la imposibilidad de resistir no debe ser sobrehumana sino razonable. Recaba que el Tribunal no debió analizar si el demandado demostró o no, haber tomado medidas para resistir el asalto de bandoleros, sino establecer si tal suceso era irresistible o susceptible de ser resistido con mediana prudencia o cuidado, es decir, si era razonablemente irresistible. De considerar que era previsible y podía ser evitado, sin dejar de cumplir la obligación porteadora, debió señalar lo que había podido hacerse para el efecto, pues si “...*nada puede razonablemente hacerse, nada puede judicialmente exigirse*”.

Argumenta que el Código de Comercio ya no exige siquiera la fuerza mayor para exonerar de responsabilidad al transportador, por lo que “...*al menos en principio, no es necesario probar las calidades de imprevisible e irresistible del hecho*”. Destaca que en el asunto sub-júdice Proleche es quien tiene una organización para el transporte de leche en polvo entre sus plantas procesadoras, fue

quien dirigió la operación del transporte, tenía que estar al tanto de los riesgos de piratería en la vía utilizada, luego si no tomó ninguna medida para prevenir el asalto *“...y eso es motivo de imputación de responsabilidad indemnizatoria, ¿ha de beneficiarse de lo que en tal razonamiento sería su propio descuido?”*.

De otro lado, manifiesta que el asalto en carretera es un riesgo del cual la actividad aseguradora hace su negocio, *“... Porque (...) conoedora de los riesgos que asegura, los asume como su negocio. Por eso el contrato de seguro, a diferencia del de arrendamiento de cosas y el de transporte, es aleatorio. Y esto no lo vio el fallador ad quem, que también quebrantó los arts. 1.036 y 1.045, al no haberlos aplicado debiendo haberlo hecho, por error de juzgamiento”*.

Para culminar expresa que el Tribunal quebrantó los arts. 2341 y 2356 *“... conexos por el art. 822 C. Co al aplicarlos no debiendo hacerlo”*, por atribuir *“... presunción de culpa a la actividad que supuso al demandado”*, como consecuencia de considerar el transporte de carga como una actividad peligrosa y consecuentemente presumir la culpa del transportador, trasladándole la carga de probar *“...la diligencia imposible para evitar la piratería terrestre, en un país flagelado por ella”*. Agrega que *“...La índole de una actividad para establecer la peligrosidad que genera la presunción de responsabilidad de la índole examinada, no se determina por la posibilidad de que en un determinado estado de inseguridad sea víctima de daños, sino por la posibilidad de que esa actividad los ocasione en razón de su misma naturaleza”*.

Con los anteriores fundamentos solicita casar el fallo del Tribunal para que la Corte, obrando en sede de instancia, revoque la sentencia de primer grado y en su lugar acoja la excepción de fuerza mayor.

SE CONSIDERA

1. En los términos del art. 992 del C. de Co., vigente para la época en la cual ocurrieron los hechos materia de este proceso, el transportador podía exonerarse, total o parcialmente, de la responsabilidad derivada de la inejecución, la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, entre otras causas, cuando acreditaba la ocurrencia de un suceso constitutivo de fuerza mayor, siempre que ésta no hubiese sucedido por descuido o culpa suya.

La fuerza mayor está definida por el art. 1º. de la Ley 95 de 1890, como “...*el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”, definición de la cual emergen sin dubitación los caracteres esenciales del hecho que la constituye, esto es, la imprevisibilidad, es decir, que en circunstancias ordinarias, no resulte factible contemplar con antelación su acaecimiento, y la irresistibilidad, o sea, la imposibilidad de evitar su ocurrencia y superar sus consecuencias.

Si sólo puede calificarse como tal, ha precisado la Corporación, “...*el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los*

acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho” (Cas. Civ. del 20 de noviembre de 1989).

En consecuencia, la verificación objetiva de la concurrencia de los elementos señalados en el acontecimiento específicamente aducido como estructurante de tal fenómeno, es cuestión que compete a los juzgadores de instancia, en ejercicio de la autonomía que les asiste en la apreciación de las cuestiones de hecho, mediante la debida evaluación de los elementos de prueba traídos al proceso. Por tal razón, si desaciertan en dicha labor y merced a ello quebrantan normas de linaje sustancial, tal yerro estructura la primera de las causales de casación consagradas por el art. 368 del C. de P.C., por violación indirecta de las mismas, pues la infracción directa de preceptos de tal estirpe presupone el acierto del juzgador en la apreciación y valoración del haz probatorio y por contera la inexistencia de reparos frente a la consideración de los elementos fácticos y probatorios del proceso.

Bajo la perspectiva anterior, es clara la falta de técnica que acusa el cargo, pues no empece denunciar la violación directa de los preceptos de derecho sustancial inicialmente relacionados, por haber sido erróneamente interpretados por el ad quem, el recurrente lejos de mostrar conformidad con las conclusiones

que en el ámbito probatorio extrajo el sentenciador, irrumpe en dicho campo para tratar de evidenciar la irresistibilidad del suceso que impidió el cumplimiento de la obligación del transportista, la inexistencia de medida distinta de la inejecución del transporte para evitar su acaecimiento y aún la exención de prueba de la manifestación del transportador de no haber tenido culpa en él, por su carácter indefinido o cuando expresamente dice que Proleche *“es quien tiene una organización para el transporte”* y *“fue quien dirigió la operación del transporte”*, circunstancias que a no dudarlo ponen de manifiesto la ineptitud del ataque e impiden afrontar su examen de fondo, pues como lo ha reiterado la doctrina de la Corte, cuando se denuncia el quebranto directo de la ley sustancial *“...la actividad dialéctica de la censura, para que resulte ajustada a la técnica del recurso, tiene que realizarse necesaria y exclusivamente respecto de los textos legales que considere infringidos, y en todo caso con prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el ad quem haya hecho con el material probatorio”* (G.J. t. CXXXII, pág. 193).

Por otra parte, el error atribuido al ad quem no puede edificarse en la transgresión del régimen liberatorio de responsabilidad del transportador consagrado por el art. 10 del Decreto 01 de 1990, modificadorio del art. 992 del C. de Co., conforme al cual sólo se precisa que la causa del daño sea extraña al porteador, tornando innecesario, en principio, *“...probar las calidades de imprevisible e irresistible del hecho”*, pues el vigente por la época de ocurrencia de los hechos materia de este proceso, era el original art. 992 de dicha normatividad, al amparo del cual se adujo y decidió sobre la eximente de responsabilidad en mención. Ahora, así la norma

hubiese estado vigente dado su contenido idéntico el fallo hubiese sido igual, razón por la cual la denuncia deviene en vana.

Igualmente resulta desatinado atribuirle la infracción directa de los arts. 2341 y 2356 del C. C., por aplicación indebida, como consecuencia de la presunción de la culpa del transportador por considerar peligrosa la actividad del transporte, pues la argumentación expuesta en el fallo impugnado alude a la presunción de culpa “... *que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato*”, más no a la que gravita sobre quien ejerce la actividad señalada por el censor.

En consecuencia, el cargo no se abre paso.

CARGO CUARTO

Mediante él se acusa la infracción directa de los artículos 1564, 1605, 1608 y 1609 del Código Civil; 822, 870, 1009, 1020, 1024 y 1035 del C. de Comercio, “...*por interpretación equivocada*”

En el desarrollo del cargo explica el recurrente que los arts. 1.009, 1.020, 1.024 y 1.035 del C. de Comercio, protegen los derechos del contratista transportador, los cuales se tornan nugatorios por razón de la desacertada interpretación del último por parte del Tribunal, quien de paso hizo tabla rasa de los principios de las obligaciones bilaterales contenidos en los arts. 1.564, 1.605, 1.608 y 1.609 del C.C.

Con el propósito de demostrar la acusación, manifiesta que el texto del art. 1.035 del C. de Comercio es claro cuando condiciona el ejercicio de los derechos del remitente o del destinatario, al cumplimiento de la obligación de pagar el flete al transportador. Agrega que en tal sentido se propuso la excepción “*non adimpleti contractus*”, pues cuando la ley estatuye que en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora mientras la otra no haya cumplido lo suyo, no está disponiendo que la mora de una de las partes releva a la otra de sus responsabilidades, “... *sino que, estando como está apoyado el cumplimiento que cada cual debe, en el de la otra parte, la mora inhibe el ejercicio de los derechos*”. Recaba que una interpretación distinta implicaría consagrar “... *que en el contrato de transporte comercial el remitente y el destinatario tienen el privilegio de cumplir o no a voluntad su obligación. Lo que conduciría a colocar al transportador en inferioridad, como el malo en quien recaen todas las obligaciones, riesgos y cargas y al remitente o al destinatario, en privilegio, como el bueno dotado de todos los derechos y ninguna obligación, esto es, a desquiciar la bilateralidad esencial del contrato*”.

Manifiesta que la equivocada interpretación de las normas invocadas no se originó en la desacertada apreciación de las pruebas por parte del fallador, pues la falta de pago del precio pactado por el arriendo del tractocamión, alegada y demostrada por la parte demandada, no fue controvertida y así se admitió por aquel, quien se fundó siempre “... *en la hipótesis de que el demandado hubiese celebrado contrato comercial de transporte, en la tesis de que el no pago del precio no exime de responsabilidad al transportador. Siendo que lo excepcionado fue que la acción incoada, al estar supeditado su ejercicio*

al pago del precio, no resultaba procedente mientras no se demostrara el pago”.

Agrega que no quedaba al arbitrio del fallador aplicar todo o parte del precepto mencionado, advirtiendo que en el asunto sub-júdice aplicó la parte que aprovecha a las demandantes, pero dejó de aplicar la proposición que condiciona el ejercicio de las facultades previstas en el fragmento anterior, al pago del flete y demás gastos; inaplicación que a su turno apareja la falta de aplicación de los arts. 1.608 y 1.609 del C.C. y “... *la regla de oro de la equidad en los contratos bilaterales, el Art. 1.546 ibídem*”.

Para finalizar enfatiza que el mismo precepto “...*lo que dispone es la extensión del contrato de transporte de cosas a quien no ha sido parte de él, el destinatario, pero se hace beneficiario del transporte prestado*”, facultándolo para reclamar la cosa transportada y ejercer contra el transportador sus demás derechos, no obstante haberse establecido el vínculo obligacional entre remitente y transportador, pero únicamente, “...*cuando se hayan pagado el flete y demás gastos del transporte*”.

Con la fundamentación precedente solicita casar el fallo impugnado, para que la Corte, “... *en ejercicio de la función de instancia, revoque la de primer grado y declare probada la excepción de incumplimiento en el pago del precio contratado*”.

SE CONSIDERA

1. Para desestimar la excepción de contrato no cumplido propuesta por el transportador el Tribunal argumentó que el pago del flete no se requería *“...con anticipación a la iniciación del contrato de transporte, ni tampoco como requisito de la pretensión de indemnización, por pérdida de la mercancía, ya que sobre esto hay vigentes claras imposiciones legales en la reglamentación del estatuto mercantil que le dan respaldo a ese planteamiento, como en el que se prevé la retención de la mercancía por el transportador en el caso de no pago del flete, así mismo, es corriente el pago en cuenta corriente del remitente para el transportador”*, tesis en apoyo de la cual trajo a colación un pronunciamiento de la Corporación, conforme al cual *“...habiéndose perdido la mercancía una vez entregada al transportador, no puede responsabilizarse al remitente de incumplimiento, ya que el artículo 1031 del C. de Co., dice expresamente que corre a cargo del primero el pago de la indemnización en caso de pérdida de la cosa transportada. Por la misma razón no puede darse aplicación al artículo 1.035 de la citada obra, que exige el pago del flete y demás gastos de transporte para que el destinatario pueda reclamar la cosa transportada y ejercer las correspondientes acciones”* (Cas. Civ. del 26 de enero de 1982).

Ahora bien, la argumentación expuesta por el sentenciador para el efecto indicado, se aviene con el recto sentido e interpretación de los arts. 1.009, 1.020 y 1.035 del C. de Co, cuyo quebranto se denuncia. En efecto:

En los términos del art. 1.035 del C. de Co., el ejercicio de los derechos concedidos al destinatario para reclamar del

porteador las cosas transportadas y obtener su entrega inmediata, se supedita al pago, depósito a órdenes del juez, o la constitución de garantía que asegure el pago del flete y demás gastos del transporte, pero desde luego sobre la base del cumplimiento de la obligación a cargo del transportador, de conducir las mercaderías al punto de destino sanas y salvas, pues sólo así puede el destinatario reclamarlas y obtener su entrega en la forma y condiciones que allí se contemplan.

En armonía con lo anterior, el art. 1.024 *ibídem*, vigente para la época de ocurrencia de los hechos materia de la litis, facultaba al destinatario para solicitar al transportador la entrega de la mercancía desde su llegada al punto de destino “...*contra el pago de las sumas a su cargo, de conformidad con el artículo 1.009 o la aceptación de la factura cambiaria, en su caso...*”. Esta norma, a su turno, lo hacía responsable del pago de las mismas, cuando el envío o remesa se efectuara “*a debe*”, “*entrega contra pago*”, “*C.O.D*” u *otras formas equivalentes*’.

Además, como bien lo tiene definido la jurisprudencia de la Corporación, para definir la procedencia de la pretensión o de la excepción en su caso, se debe consultar el orden cronológico en que debieron cumplirse las obligaciones, pues si las obligaciones no tienen que agotarse simultáneamente, de ese orden depende la determinación de si el contratante es o no cumplido.

Tratándose del contrato de transporte, una definición como la que se plantea, impone tener en cuenta el hecho físico de la operación, porque por razón del factor temporo-espacial que le es

inherente, su ejecución implica un desplazamiento del sitio de origen al lugar de destino, como lo señala el propio art. 981 ibídem. De manera que salvo que se haya pactado algo diferente, la obligación del transportador, es decir, de conducir sana y salva la mercancía al lugar de destino, antecede la obligación de pagar el flete o precio del transporte. Por consiguiente, si el transportador no cumple con la obligación que le incumbe, el destinatario no está en mora de cumplir con la obligación que a él le corresponde porque definitivamente no se ha dado el orden cronológico de su desarrollo.

Así las cosas, si de conformidad con lo expuesto, la obligación del destinatario de pagar el flete y demás gastos del transporte, está precedida de la obligación del porteador de conducir las cosas transportadas sanas y salvas al sitio de destino, como presupuesto para poderlas entregar a quien corresponda, cuando por la pérdida de las mismas, acaecida luego de su entrega al transportador, no arriban a dicho lugar, la falta de pago de los valores mencionados no coloca al acreedor de la entrega en mora de cumplir con su obligación, y por ende, nada impide el ejercicio de la acción indemnizatoria que corresponda contra el transportador. Sin embargo, es oportuno advertir que cuando se está frente a una pretensión de cumplimiento del contrato por equivalencia, como en este caso ocurre, el transportador cuenta con la facultad de hacer valer como excepción compensatoria, el crédito del valor del flete que tiene frente al destinatario, que en casos como el presente también tiene viabilidad porque el art. 1096 del C. de Comercio, autoriza a las personas responsables del siniestro, para *“oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado”*.

Se desecha en consecuencia la censura.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 5 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario propuesto por COMPAÑIA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. y COMPAÑIA DE SEGUROS LA ANDINA S.A. frente a LUIS EMILIO LARA BUITRAGO.

Costas a cargo de la parte recurrente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JORGE SANTOS BALLESTEROS

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

PEDRO LAFONT PIANETTA

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

RAFAEL ROMERO SIERRA

Sentencia 14781 de septiembre 11 de 2003

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR FUERZA
MAYOR
DIFERENCIA CON LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

El demandante afirmó que el crudo invierno acabó “con la banca de la carretera que conducía de Velez a Mirabueno y de Mirabueno a La Paz”, lo que determinó la imposibilidad de transportar los materiales al lugar de la obra. Explicó que la entidad se comprometió a construir vías alternas para solucionar el problema, pero no cumplió; que las dificultades determinaron la suspensión del contrato en varias oportunidades con ello la prolongación del plazo en 16 meses más de lo convenido y el pago de sobrecostos por gastos de maquinaria y personal, a precios considerablemente altos respecto de los inicialmente convenidos. Todo lo cual, precisó, produjo el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal.

La Sala encuentra que el demandante sustentó estas omisiones en idénticas causas mediatas: el fuerte invierno y la obstrucción de las vías de acceso al lugar de la obra, eventos que el tribunal a quo calificó como constitutivos de fuerza mayor.

Se procede por tanto a determinar si se demostró la ocurrencia del fuerte invierno y del bloqueo de las vías de acceso a lugar de la obra

que alegó el demandante, si tales circunstancias son constitutivas de fuerza mayor como lo dedujo el tribunal y si de tales hechos se derivaron obligaciones a cargo de la entidad, que no fueron cumplidas. Todo lo cual también permitirá definir si el alargamiento del plazo contractual se produjo por causas ajenas al contratista y determinó el desequilibrio financiero del contrato, en su perjuicio.

Previo a lo anterior la Sala referirá a los supuestos determinantes de la fuerza mayor y a los efectos que este fenómeno produce respecto del contrato estatal.

a) La fuerza mayor respecto de la ejecución de los contratos estatales. La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo.

Fue definido por el legislador como "...el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." —L. 95/1890, art. 1º —.

La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las

previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que son normalmente previsibles los hechos “que suceden en el curso ordinario de la vida” (Sent., mayo 31/65, G.J. CXI-CXII, pág. 126), o las “... circunstancias normales de la vida” (Sents., nov. 13/62 y nov. 20/89), o el que no sea “...lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él” (Sent., jul. 5/35 y oct. 7/93).

De igual manera, en sentencia proferida el 23 de junio de 2000, expediente 5475, manifestó que deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos:

“1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo”.

El otro supuesto configurativo de la fuerza mayor, la irresistibilidad, se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto.

La Sala de Casación Civil de la Corte en la providencia reseñada, sobre este requisito señaló: “La jurisprudencia de esta corporación, de igual manera, ha entendido que este elemento de la fuerza mayor “consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados por el

deudor para eludirlo” (Sent. dic. 13/62, G.J. C, pág. 262), como también que “Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos. La conducta del demandado se legitima ante el imperativo de justicia que se expresa diciendo: ad impossibilia nemo tenetur” (Sent., mayo 31/65, G.J. CXI y CXII, pág. 126).

Irresistible, también ha puntualizado la Sala, es algo “inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias” (Sent., ene. 26/82, G.J. CLXV, pág. 21)”.

La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable.

La fuerza mayor se produce, como se indicó, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados(1).

(1) Así lo señala Gastón Jeze cuando afirma que “Si hay simplemente dificultad aunque sea grave o si para obtener la ejecución puntual se necesitan gastos mayores no hay fuerza mayor”. Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1950; tomo IV, pág. 296.

La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista.

El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.

En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato.

En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor.

Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones

para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impositivos del fenómeno presentado.

Al respecto Gastón Jeze explica:

“La imprevisión supone circunstancias imprevistas y completamente imprevisibles, pero que no hacen totalmente imposible la ejecución de la obligación: dichas circunstancias entrañan únicamente una alteración en la economía del contrato. La imprevisión, así entendida, puede invocarse para reclamar un reajuste de los precios, de las condiciones financieras del contrato, pero no para justificar una modificación de los plazos de ejecución. Tiene por finalidad asegurar al contratante el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, a fin de mantener la continuidad del funcionamiento del servicio público; la teoría de la imprevisión se ha ideado para evitar las interrupciones en el funcionamiento del servicio público. (...) Toda imprevisión que no se concreta en un caso fortuito o de fuerza mayor, o en hecho de la administración que entraña una imposibilidad absoluta de cumplimiento en los plazos convenidos, no es causa justificativa del retardo... La ejecución de los contratos en los plazos fijados es la condición misma del funcionamiento regular de los servicios públicos. Tener contemplaciones respecto de la puntual ejecución de las obligaciones de los contratantes, resultaría peligroso para la organización de los servicios públicos”(2) (negrilla la Sala).

(2) Ob. cit., pág. 288.

En igual sentido Marienhoff advierte:

“Si bien existe una evidente correlación entre “imprevisión” y fuerza mayor”, las diferencias entre ellas son fundamentales. Ambas figuras reposan sobre la misma noción básica: los acontecimientos que respectivamente las determinan deben ser ajenos o extraños a la voluntad de las partes. Además tanto la “fuerza mayor” como la “imprevisión” deben responder a acontecimientos “imprevisibles”. Tales son las semejanzas.

Pero difieren fundamentalmente: a) en lo que respecta a la “ejecución” del contrato. La fuerza mayor torna imposible tal ejecución; la imprevisión sólo la hace más onerosa. b) Mientras la fuerza mayor altera el equilibrio contractual de manera “definitiva”, “la teoría de la imprevisión” sólo es aplicable cuando tal trastorno es temporario o transitorio”(3) (negrilla).

(3) Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1970; T. III A, pág. 505.

En tales condiciones, se tiene que la fuerza mayor justifica la inejecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato; en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inejecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente.

b) El caso concreto.

En el caso concreto la Sala encuentra que mientras el contratista alegó el rompimiento de la ecuación financiera del contrato por la mayor permanencia en la obra determinada por el crudo invierno, la obstrucción de las vías de acceso y la inacción de la entidad pública frente a estas circunstancias, el tribunal consideró que “la fuerza mayor” ocasionó “la destrucción de la banca del carreteable” (fl. 231) y que ello determinó obligaciones a cargo de la entidad, de conformidad con lo previsto en el literal 14 de la Resolución 4811 de 1989, las cuales aparentemente fueron cumplidas.

Al respecto la Sala advierte que se confundieron, por su definición y efectos, las dos figuras: la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión.

— En cuanto a la fuerza mayor.

El demandante no probó que el fuerte invierno fuese una circunstancia imprevisible e irresistible, determinante de la inejecución del objeto contractual.

Afirmó el demandante que en el mes de octubre de 1992 se presentó un fuerte invierno que produjo deslizamientos en la vía que de Vélez conduce a Mirabueno, que bloquearon el paso de la maquinaria al sitio de las obras (fl.139).

Está demostrado que mediante comunicaciones del 14 de diciembre de 1992, 22 y 26 de octubre de 1993, 3 y 13 de mayo de 1994, 7 de

julio de 1994, 11 de octubre de 1994 el contratista manifestó a la entidad la existencia de inconvenientes para ejecutar la obra por el crudo invierno y los deslizamientos y bloqueos de la vía que conduce a la obra (fls. 58, 121, 122, 123 y 124).

Se tiene así que para el contratista la zona de la obra presentó un crudo, intenso y fuerte invierno durante diferentes meses de los años 1992, 1993 y 1994. Según sus manifestaciones, las vías de acceso al lugar de la obra estuvieron bloqueadas durante casi tres años, por los deslizamientos derivados del invierno.

Sin embargo, no aportó al proceso medios demostrativos de esos fenómenos que alegó durante la ejecución del contrato, tales como certificados de entidades encargadas de la meteorología, que dieran cuenta del nivel de las precipitaciones en ese lugar y de la anormalidad de las mismas por la frecuencia y duración dentro de los años en que supuestamente se presentaron. Tampoco obran constancias respecto del estado de las vías de acceso al lugar de la obra, antes y durante el plazo contractual, que permitan deducir que la vía sufrió alteraciones graves e imprevisibles para el contratista.

La Sala encuentra demostrado que el contratista manifestó conocer la topografía y el clima de la zona de la obra y en esa medida asumió los efectos propios de tales circunstancias.

Y si lo previsto por el contratista fue distinto a lo que en la práctica se presentó, debió demostrarlo. Estaba en el deber de acreditar que el período invernal normalmente se presentaba en precisos meses del

año y en determinados niveles, y que la realidad superó esa expectativa. También debió demostrar el estado de las vías de acceso con las que contaba y que las mismas se tornaron en vías intransitables.

En efecto, en el anexo 1 de la propuesta, el señor Mario Alberto Ibáñez Parra manifestó bajo la gravedad del juramento, que visitó y conoció el área donde se realizarían las obras, “sus condiciones hidroclimatológicas, topográficas, políticas y sociales, que he investigado la disponibilidad de materiales para la construcción, mano de obra, transporte y de manera especial las fuentes de material para su explotación y elaboración de agregados, tanto para la producción de concretos, como he afirmado...” (fls. 61 y 62). También obra constancia de que el ingeniero Mario Alberto Ibáñez visitó el lugar de obra el día 1º de julio de 1991 (fl. 97).

En tales condiciones, la Sala deduce que el contratista formuló su propuesta considerando el clima, la topografía y las vías de acceso al lugar de la obra; debió prever la ejecución de la obra en las condiciones hidroclimatológicas de la zona y ajustar el presupuesto de su oferta a las necesidades presentadas para el transporte de materiales y maquinaria a la zona, teniendo en cuenta la calidad de las vías de acceso al lugar.

Si se presentó un fuerte invierno, extraño al que era previsible, debió demostrarlo. Y si las vías de acceso se bloquearon en forma anormal e incalculable, también debió acreditarlo.

No bastaba entonces alegar y reclamar con fundamento en fuertes inviernos o derrumbes, pues se considera que el contratista estaba preparado para asumir tales situaciones, cuando formuló su propuesta bajo el juramento de que conocía las características de la zona. Con mayor razón si se tiene en cuenta que el invierno es un fenómeno natural y previsible en el territorio colombiano, no es por sí solo un hecho que escape al conocimiento previo del contratista; de manera que, cuando se invoca como evento constitutivo de fuerza mayor, deben probarse los elementos que lo determinan.

A este respecto resulta ilustrativo tener en cuenta lo manifestado por la Sala en sentencia proferida el 9 de mayo de 1996, expediente 10.151, en la cual el demandante sí demostró el fuerte invierno que alegó, pero no demostró que el mismo fuese imprevisible:

“Ninguna duda tiene la Sala sobre la presencia de una severa temporada de lluvias en la zona por donde transcurrió la línea del oleoducto. La certificación expedida por el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras —HIMAT— sobre la precipitación durante 1988 en los departamentos de Santander y Boyacá (fls. 266 a 272, cdno. 1); los testimonios recaudados en torno de la época de lluvias y su incidencia en el desarrollo de la obra y las fotografías aportadas al proceso igualmente permiten concluir que fueron muchas y muy graves las consecuencias del invierno que asoló la región, especialmente en la serranía de La Russa, dificultando en grado sumo la labor de los obreros, impidiendo el desempeño eficaz de la maquinaria, retardando el ritmo de la construcción y, obviamente

generando problemas y sobre costos financieros para la compañía constructora.

No obstante, estima la Sala que en tratándose de dificultades resultantes del factor climático, el mismo no resulta extraño en esa y en casi todas las regiones del país, dada su ubicación geográfica, a causa de la cual la permanencia de una temporada de invierno o de verano casi siempre es incierta y susceptible de inesperadas variaciones. Tal circunstancia no podía pasar desapercibida para las partes y de manera especial para la contratista, empresa que debía ser conocedora de las múltiples dificultades que podían sobrevenir durante la construcción del oleoducto, pero de manera muy especial y relevante, respecto de la topografía montañosa y de la severidad y variación climática propia de esta zona geográfica. Así las cosas, desde el momento mismo de la oferta la firma demandante ya sabía de esos probables inconvenientes de la naturaleza, conocía lo escabroso del terreno en la cordillera oriental, estaba obligada a conocer el rigor de las bajas temperaturas, pero por sobre todo debía saber que la programación de la obra en cuanto al clima o a la temporada invernal no ofrecía ninguna garantía, que la pluviometría no era físicamente fácil de establecer y, en fin, que se trataba de un área que asumió desde el instante mismo en que se comprometió en la construcción del oleoducto. Se infiere de las anteriores consideraciones que la mayor permanencia de la contratista en la obra le resulta jurídicamente atribuible a esta por causa de la temporada invernal o lluviosa”.

El demandante, además de que no demostró la imprevisibilidad de los hechos que alegó, tampoco probó que los mismos fuesen irresistibles, pues conocedor como era de la zona y de su clima, debió utilizar todos los mecanismos necesarios para contrarrestar el fenómeno invernal y sus efectos respecto de la topografía.

No es dable considerar que la obstrucción de las vías de acceso era un hecho irresistible, imposible de corregir; el demandante no demostró la entidad de tal hecho, no probó que fuese un hecho anormal en una zona como esa, ni demostró haber sido diligente y acucioso para contrarrestarlo. Como manifestó conocer las fuentes de los materiales requeridos para la obra y las vías para transportarla, debió probar que lo sucedido desbordó las previsiones que incorporó en su propuesta para ejecutar la obra en tales condiciones.

En este sentido los tratadistas Mazeaud y Tunc afirman:

“El que celebre un contrato con conocimiento de los sucesos susceptibles de impedirle el cumplimiento, no puede alegar la fuerza mayor”(4).

(4) Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil; Buenos Aires, Ejea, 1977, T. II, Vol. II, pág. 179.

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que el invierno y los derrumbes en la zona de la obra no fueron hechos constitutivos de fuerza mayor en el caso concreto; podrían serlo en otro evento, siempre que se prueben las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad que la caracterizan.

Los efectos del alegado invierno y de los derrumbes en la vía debieron ser asumidos por el contratista, en el entendido de que son circunstancias que manifestó conocer. No pueden considerarse justificativos de los retrasos y de la inejecución de la totalidad de la obra contratada.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala encuentra que no es cierto, como lo afirma el tribunal, que se hubieran cumplido los supuestos fácticos del literal 14 de la Resolución 4811 de 1989, que en lo pertinente establece:

“Fuerza mayor y suspensión temporal del plazo. El contratista quedará exento de toda responsabilidad por cualquier daño o dilación de las obras, durante la ejecución del contrato, sin derecho a indemnización, cuando tales hechos sean resultado de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, en este caso, los gastos que demande la reparación y/o construcción de las obras efectuadas, serán por cuenta de caminos vecinales siempre que el contratista haya dado aviso al interventor sobre la ocurrencia de tales eventos ...” (fl. 14).

En el caso concreto, como se indicó, no se presentaron eventos constitutivos de fuerza mayor y por tanto, el contratista no quedó eximido de ejecutar el contrato, ni surgieron nuevas prestaciones a cargo de la entidad para contrarrestar los aludidos hechos. Las previsiones y acciones para contrarrestar los efectos del invierno, estaban a cargo del contratista.

- En cuanto al rompimiento de la ecuación financiera del contrato por la mayor permanencia en la obra, determinada por el crudo invierno, la obstrucción de las vías de acceso y la inacción de la entidad pública.

El contratista invocó la ocurrencia de hechos extraños a él, para fundar la petición de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. Alegó que el intenso invierno produjo la obstrucción de las vías de acceso al lugar de la obra, que ante estos hechos la entidad pública fue negligente, que ello generó la mayor permanencia en la obra y por ende, sobrecostos que lesionaron la economía del contrato en perjuicio suyo.

Se impone, entonces, precisar si resulta procedente aplicar la teoría de la imprevisión, con fundamento en la ocurrencia de los hechos invocados. La Sala, como se indicó en capítulo precedente, advierte que la teoría de la imprevisión se aplica cuando el contratista ha ejecutado el contrato, pese a que se han presentado hechos exógenos e imprevisibles, que alteran la ecuación económica del contrato.

Así, en providencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577, señaló que la teoría de la imprevisión: “Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución” (negrilla).

En el caso concreto está demostrado que el contrato se suspendió el 1° de marzo de 1993, por 60 días; el 30 de abril de 1993, por 30 días y el 16 de noviembre de 1993, por 45; que el 8 de agosto de 1994 se amplió el plazo por 3 meses contados desde el 12 siguiente y que el 10 de noviembre se prorrogó por 90 días más, todo lo cual permite concluir que el plazo inicial del contrato de 14 meses, se extendió en 10,5 meses más; período que aunado al plazo que transcurrió entre el 1° de enero de 1994, fecha en que debió reiniciar el plazo luego de la suspensión decretada el 16 de noviembre de 1993, y el 5 de febrero siguiente, en que efectivamente se reanudó(5), da un total de 11,5 meses (fls. 58, 121, 122, 123, 124, 125).

(5) El contratista cesionario manifestó que no se ejecutó el contrato durante ese mes porque estaba a la espera de que se perfeccionara la cesión (fl. 125).

No se aportaron todas las actas de suspensiones y prórrogas para definir las condiciones expuestas por las partes al respecto, pero obran comunicaciones que permiten inferir que las mismas fueron solicitadas por el contratista, con fundamento en dificultades presentadas por el intenso invierno, la obstrucción de la vía y la falta de maquinaria para despejarla (comunicaciones, oct. 22 y 23/93, mayo 3 y 13/94, jul. 7/94, oct. 11 siguiente; fls. 58, 121 a 124).

No obstante lo anterior, las suspensiones y prórrogas, el contrato no se ejecutó; así lo manifestó el propio contratista en la demanda, cuando dijo que “falta por ejecutar aproximadamente la suma de \$ 50'000.000 para terminar la totalidad del contrato” (fl. 141) y no

obran documentos demostrativos de la ejecución de la totalidad de la obra contratada.

En tales condiciones, la Sala encuentra que el contratista no acreditó los elementos que condicionan la aplicación de la teoría de la imprevisión:

- No acreditó la ocurrencia de hechos imprevisibles, pues como se explicó precedentemente, el invierno y los deslizamientos en la vía, en el caso concreto, son hechos naturales, que el contratista manifestó conocer cuando formuló su propuesta y que por ende asumió.
- No demostró haber ejecutado el objeto contratado pese a las dificultades que invocó.
- No probó la grave alteración de la ecuación económica del contrato que alegó, pues al no demostrar cuanta obra ejecutó y entregó, cuáles fueron los costos que previó y en los que realmente incurrió, como tampoco que tanto cobró y se le pagó, no hay manera de concluir que se alteró la economía del contrato, en perjuicio suyo.

Definido que el invierno y los derrumbes no eran constitutivos de fuerza mayor, se imponía demostrar que eran hechos extraños e imprevisibles al contratista, que dificultaron la ejecución del contrato, esto es, que hicieron más oneroso el cumplimiento de las prestaciones.

Pero como el contratista ni siquiera demostró que hizo todo lo que le exigía el contrato para desarrollar su objeto, no puede reclamar restablecimiento del equilibrio financiero pues este, se reitera, se presenta cuando el contratista ejecuta el contrato con dificultades sobrevinientes y extraordinarias, así ello le implique asumir sobrecostos.

El contratista no puede paralizar la obra cuando no hay hechos constitutivos de fuerza mayor; debe desarrollarla asumiendo las cargas no previstas, en el entendido de que le serán compensadas por la entidad, en los términos expuestos.

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que el contratista no demostró los supuestos que determinan el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, fundado en la teoría de la imprevisión. Por tanto habrá de negarse esta pretensión.

— Los sobrecostos por mayor permanencia.

Como se indicó, el contratista alegó el rompimiento de la ecuación financiera del contrato fundado en la mayor permanencia de la obra, determinada por hechos que, afirmó, fueron imprevisibles. El análisis correspondiente a este cargo se acabó de exponer.

De la interpretación de la demanda se desprende que el demandante también reclamó el pago de tales sobrecostos, con fundamento en que los mismos se dieron por hechos que le son ajenos.

Conviene entonces analizar la procedencia de ese pedimento bajo óptica distinta a la del rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, que se acaba de explicar.

En desarrollo del principio de equidad y de reciprocidad que orienta las relaciones jurídico negociales, surge la obligación a cargo del contratante de reconocer y pagar al contratista los sobrecostos en que este haya podido incurrir para ejecutar a cabalidad la obra, cuando los mismos tengan por causa hechos no imputables al contratista.

Se tiene así que si el plazo contractual se amplía o suspende por hechos imputables a la entidad contratante o por circunstancias exógenas a las partes y tales prórrogas o suspensiones determinan sobrecostos que el contratista asumió, los mismos deberán serle reembolsados.

En el caso concreto no resulta procedente acceder a la pretensión formulada por el contratista para que se le reconozcan tales sobrecostos, porque no demostró que la mayor permanencia de la obra se produjo por causas ajenas a él.

Como quedó explicado, las suspensiones y prórrogas se produjeron por el invierno y el mal estado de la vía, hechos estos que se entienden asumidos por el contratista de conformidad con lo manifestado en su propuesta y lo dispuesto en el contrato.

La circunstancia de que la entidad accediera a suspender el plazo contractual solicitado por el contratista, no se traduce en el reconocimiento de los argumentos expuestos por él; más bien, constituye muestra de colaboración con su contratista.

La entidad pública no estaba obligada a despejar la vía, a suministrar buldózer y maquinaria como lo afirmó el contratista; conforme quedó explicado, correspondía a este salvar las dificultades que se le fueran presentando en desarrollo del contrato, máxime cuando los mismos eran hechos que él asumió.

Y el contratista era consciente de ello, pues en comunicación del 14 de diciembre de 1992 manifestó al interventor que la vía de acceso al lugar de la obra se encontraba en malas condiciones entre Gualilo y Mirabueno, a cuyo efecto solicitó “autorización para arreglar estos tramos de carretera por cuenta del contrato, para facilitar el buen desarrollo de las obras” (fl. 124).

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala concluye que el contratista no demostró los incumplimientos de la entidad que alegó, no probó la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor, ni los supuestos que hacen procedente el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión y no demostró que la mayor permanencia en la obra se produjo por hechos ajenos a él. Por tanto habrán de negarse estas pretensiones.

3.3. Pretensión subsidiaria fundada en la no ejecución de toda la obra. La demandante solicitó, como pretensión subsidiaria, el pago

del 20% correspondiente a la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato. Adujo que los hechos precedentemente analizados, aunados a los incumplimientos de la entidad, determinaron la no ejecución de la totalidad de la obra.

La Sala advierte que lo expuesto a propósito de las reclamaciones que se acaban de resolver, resulta aplicable para no acceder a esta pretensión subsidiaria.

Como se indicó, el contratista no ejecutó la totalidad de la obra y tampoco demostró que esa inejecución se hubiera producido por circunstancias constitutivas de fuerza mayor, de manera que no operó la referida eximente de responsabilidad y su incumplimiento no está justificado.

No obstante lo anterior, conviene advertir que aún cuando el contratista hubiese demostrado que la inejecución del objeto contratado tuvo como causa un evento de fuerza mayor, tampoco sería procedente, por esta sola circunstancia la condena a la indemnización reclamada, pues la inejecución fundada en la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista, pero no determina indemnización alguna para él, porque no se configuran los elementos de la responsabilidad contractual de la entidad.

En estas condiciones, resulta más que paradójico que el contratista pretenda obtener lo aspirado por ganancia del contrato cuando no lo ejecutó a cabalidad, ni demostró eventos justificativos de ese incumplimiento».

(Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Expediente 14.781.
Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque).