

SENTENCIA NUMERO 168

**NAVEGACION - ACUÁTICA - NAVE /
DERECHO MARITIMO - NAVE -
PROPIETARIO ARMADOR /
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO
- NAVE / CONTRATO DE FLETAMENTO /
NAVE - CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y FLETAMENTO -
DIFERENCIAS**

Derechos del propietario-armador. Cuando el primero se desprende o cede la administración y explotación comercial de la nave a otra persona, ésta adquiere el carácter de armador, y tal hipótesis acontece a través del contrato de arrendamiento. En el supuesto de negociar o ceder el propietario armador el uso de la nave, incluyendo su dotación y su personal, mas no así la administración del buque, tal acto jurídico no es de arrendamiento, sino un contrato de fletamento en el que el fletante es el armador y por ende esta última calidad no la tiene el fletador. Fletamento: por viaje y por tiempo. Requisitos. Prueba del contrato: por no ser negocio jurídico solemne la conignación por escrito, no es elemento *ad substantiam actus*, sino apenas una exigencia *ad probationem*. Partes. El fletante es el armador o el propietario de la nave que cede el uso de la misma. Fletador es el que contrata el uso de la nave. Fletamento por tiempo (Time Charter). Obligaciones del fletante y fletador. Contrato de arrendamiento: El arrendatario al adquirir el uso y goce de la nave, adquiere el control de la misma y, por lo tanto, contrae responsabilidad como armador, y aunque expresamente no lo establece el ordenamiento, recibe el buque desprovisto de capitán y tripulación; en cambio en el fletamento, el fletante al entregar la nave, no se despoja del control de la misma y la entrega al fletador armada y equipada, generalmente comprendiendo en ella capitán y tripulación. El contrato de arrendamiento y fletamento de naves, son dos negocios jurídicos que difieren, que en forma alguna pueden ser confundidos porque entre ellos existen notorias y sustanciales diferencias.

CONTRATOS - INTERPRETACIÓN / CONTRATOS MERCANTILES - INTERPRETACIÓN

Cuando el contrato ostenta una unidad, sus cláusulas o estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada, armónica y en conjunto, y en manera alguna aislando unas de otras, como si fuesen partes autónomas. Reglas en materia de interpretación de los negocios jurídicos mercantiles y que deben ser atacadas prioritariamente por el juzgador.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL - DAÑO - LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Quiénes están legitimados para solicitar la reparación del daño y quiénes en la obligación de indemnizarlo. En tratándose de reparación del daño causado en las cosas, en el caso especial del segundo fragmento del artículo 2342 del C.C. si el propietario de la cosa, que es quien está facultado prioritariamente para reclamar la reparación del daño, no lo hace, los obligados a responder al propietario por la cosa están legitimados para pedir la respectiva indemnización frente al autor del daño.

CASACION - MEDIO NUEVO

Dentro del marco de la causal primera, censurar la sentencia del Tribunal por error netamente jurídico así contenga planteamientos no formulados *ab initio* en el litigio, no constituye medio nuevo en casación. Tampoco lo hay cuando se trate de cuestiones que afectan el orden público. En cambio, si le repugna al recurso, que con fundamento en la causal referida, formule la censura planteamientos de hecho que vienen a ser presentados por primera vez en el recurso extraordinario y no tuvieron reparos en las instancias. Los medios mixtos y su inadmisibilidad en el recurso de que se trata. Hipótesis en que se introduce en casación un medio nuevo.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - TÉCNICA

Manera como se produce la violación de la ley sustancial: Constituye grave falla en la formulación de un cargo expresar en él, que el quebranto de la ley sustancial se produjo por vía directa, pero en su desarrollo se desplaza a la indirecta. Regla de técnica que debe atender el censor cuando se trata de violación directa.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL - CONCURRENCIA DE CULPAS - REDUCCIÓN DEL DAÑO.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Magistrado Ponente: *Alberto Ospina Botero*

Santafé de Bogotá, D.C. quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992)

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de 14 de septiembre de 1990, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por la Flota Mercante Grancolombiana S.A. contra la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos).

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 2 de noviembre de 1984, solicitó la sociedad demandante que con audiencia de la referida empresa demandada se le declarase responsable del incendio de la "motonave Faneos" ocurrido el 5 de noviembre de 1981 y, consecuencialmente, se le condenase, en abstracto, al valor de los perjuicios sufridos por causa del siniestro, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, más intereses corrientes, corrección monetaria y las costas del proceso.

II. La demandante apoya sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) La demandante es una sociedad constituida por escritura pública número 2260 de 8 de junio de 1946, de la Notaría Quinta del Círculo de Santafé de Bogotá, y la demandada es una empresa comercial del Estado, creada legalmente (Ley 154 de 1959);

b) El 25 de septiembre de 1981, la Flota Mercante Grancolombiana celebró con la compañía "Faneos Shipping Company" un contrato de "Time Charter", en la ciudad de Nueva York, por el cual aquélla asumió la calidad jurídica de armador de la nave "Faneos", de bandera griega, cuyo capitán era el sazón Markos Chandras y, por ese entonces, el buque tenía el correspondiente certificado de navegación;

c) La empresa demandada, por mandato legal, asume, bajo su responsabilidad y cuidado, todas las operaciones de desestibe del buque y manejo de la carga, y todo el personal que labore en tales menesteres (arts. 1606 del C. de Co. y 3° del Decreto 1174 de 1980);

d) Según la Resolución número 00270 de Puertos de Colombia, se dispone en el artículo 1° que esta empresa efectúa el descargue directo, manejo de carga, almacenaje y movilización de la misma; y en el artículo 4° se dice que Puertos de Colombia suministra el personal y equipos de descargue y no puede iniciar la operación de

descargue: 1. Si la documentación no ha sido presentada conforme con el reglamento. 2. Si existen condiciones de mala estiba o condiciones inseguras. 3. Si los equipos de descargue en las cubiertas de las embarcaciones presentan condiciones inseguras. 4. Si el cargamento presenta deficiencia en su empaque o cualquier otra circunstancia;

e) Entonces, si Puertos de Colombia el 5 de noviembre de 1981 consideró que podía principiar “el descargue de la bodega número 1 del buque Faneos, asumió la responsabilidad, del manejo de carga, de la seguridad de los equipos, de que la documentación presentada era correcta, de que la carga estaba segura de su empaque etc.”. Además, el artículo 7º consagra la responsabilidad de Colpuertos por averías, y el artículo 32 “faculta y autoriza que el Agente Marítimo colabore con las operaciones a bordo de la nave”, cuando le hace falta personal a Colpuertos;

f) Que de acuerdo con disposiciones legales (art. 3º del Decreto 1174 de 1980 y 1606 del C. de Co.), se concluye que la responsabilidad del naviero termina cuando Colpuertos, como estibadora, se hace cargo de las operaciones para desestibar en el buque, y no cuando la carga está en tierra;

g) Que Colpuertos “asumió la dirección del descargue, el día 5 de noviembre de 1981, y al efecto, en la bodega número 1 del buque Faneos, trabaja el siguiente personal de la empresa Colpuertos”: Miguel Santos Torres, Pedro Mina Sánchez, José Adalberto Riascos, Pedro Antonio Prada, Emiris Cortés y Luz Estela Ramírez. Estas personas estuvieron más otras de la Agencia Marítima Transportadora Grancolombiana Limitada y de Palomar, “personal que estaba a órdenes de Puertos de Colombia”;

h) El 5 de noviembre de 1981, “la nave Faneos, fletada por la Flota Mercante Grancolombiana S.A. según contrato “Time Charter”, fletamiento, se hallaba surta en el Puerto de Buenaventura, cuando por falta de cuidado por parte de Puertos de Colombia, se incendió produciéndose gravísimos daños”;

i) “Los hechos ocurrieron así: a las 15:15 horas del día jueves 5 de noviembre de 1981, operaban el desestibe de la bodega número 1 de la nave Faneos: Winchero de Colpuertos Omar Pedro Mina Sánchez y el bracero Jorge Adalberto Riascos Riascos, quienes hacían las operaciones de izada, arriada, y ronza. La carga se componía de acetona y éter tambores que fueron sucesivamente lingados luego de zunchados con flejes en metal. Los operarios de Colpuertos lo sacaban sobre dos palletes, lo cual daba una altura mayor a la normal, por lo que los estrobos no fueron lo suficientemente largos, al igual que el aparejo para enganchar la palleta, lo que ocasionó una fuerte tensión del estrobo, causando la rotura del zuncho de protección y se produjo la caída de un tambor, que dio sobre otros de acetona rompiéndose y mezclándose los líquidos y produciendo gases fuertemente inflamables, siendo una chispa eléctrica la probable condición para comenzar el tremendo incendio que produjo cuantiosos daños, que valen más de 7 millones de dólares, o su equivalente en pesos colombianos”;

j) Los hechos se hallan comprobados con la nota de protesta del capitán de la nave Faneos y las declaraciones de éste y de las personas que se citan en el hecho trece de la demanda;

k) Que el hecho causante del daño se produjo por “imprudencia, por error en la operación descrita, al subir los tambores sobre dos palletas, lo que producía tensión impropia, y además por ser las sustancias peligrosas, como muy inflamables no fueron descargadas en forma directa presentándose culpa por parte de Colpuertos, ya que legalmente tenía la responsabilidad de la maniobra y por el hecho de sus empleados” (arts. 2347 y 2349 del C.C.).

I. Por otra parte, existe ausencia de culpa de la demandante, según la documentación que se aportó a la investigación adelantada por “Dimar”;

II. Que así las cosas, la empresa demandada está obligada a reparar los daños causados de que dan cuenta los peritos navales Alberto Rojas Torres y Fabio Hincapié Medina, cuyo valor se determinará por el procedimiento legal (art. 308 del C. de P.C.);

III. Enterada la empresa demandada de las pretensiones de la demandante, consignó su respuesta en escrito de 16 de enero de 1985, en el sentido de admitir algunos hechos, parcialmente otros y negar la mayoría, por lo que culminó con oposición a las súplicas de la demanda y la formulación de las excepciones de “inexistencia de la obligación” y de “prescripción”.

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 15 de mayo de 1989, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

“PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la empresa demandada.

“SEGUNDO. Declarar que la empresa Puertos de Colombia la comprometió su responsabilidad civil en los sucesos acaecidos en el puerto de Buenaventura el día 5 de noviembre de 1981, pero teniendo en cuenta lo que se dispone en el punto que sigue.

“TERCERO. Condenar a la empresa demandada a indemnizar el cuarenta (40%) (sic) de los daños sufridos por la sociedad demandante en tal acontecer, incluidos el daño emergente, lucro cesante y corrección monetaria sobre tales sumas. Los intereses sólo se causarán una vez liquidados los perjuicios a la tasa legal.

“La liquidación de los perjuicios se hará por el trámite previsto en el artículo 308 del C. de P.C.

“CUARTO. Condenar a la empresa demandada al pago del 40% de las costas del proceso”.

V. Inconformes las partes con la resolución precedente, interpusieron contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 14 de septiembre de 1990, confirmatorio del proferido por el *a quo*, contra el cual la parte demandada interpuso el recurso de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a decidirlo.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Referidos los antecedentes del litigio por el *ad quem* y situado en el campo de las consideraciones, sentó las siguientes:

1. Que la pretensión de la demandante se ubica dentro de la responsabilidad civil aquiliana, que según la legislación civil (art. 2341) requiere, para su existencia y declaratoria, la concurrencia de estos tres elementos: a) El perjuicio sufrido por la víctima; b) La culpa del autor del hecho ilícito, y c) La relación de causalidad entre el perjuicio y la culpa.

2. Que cuando el daño se ocasiona con motivo del ejercicio de una actividad peligrosa, surge la presunción de culpa para el autor del daño, desvirtuable únicamente mediante la prueba de la fuerza mayor o el caso fortuito o la culpa exclusiva de la propia víctima.

3. Que no existe la ineptitud de la demanda alegada por la opositora, porque no hizo reparo oportuno y porque la demanda, interpretada en su conjunto, es apenas contentiva de una pretensión de responsabilidad civil aquiliana, sin involucrar responsabilidad contractual.

4. Que aparecen suficientemente admitidos y demostrados por las partes, los siguientes: a) Que el 5 de noviembre de 1981 la nave Faneos se incendió cuando se hallaba en el puerto de Buenaventura; b) Que el siniestro ocurrido en esa fecha se produjo durante “la operación de desestibe y concretamente por la caída de una caneca que contenía éter”; c) Que los “tambores que contenía éter y acetona constituyen carga peligrosa”, y d) Que a raíz del incendio, la nave Faneos sufrió daños.

5. Que cuando el daño se causa en desarrollo de una actividad peligrosa, la víctima que reclama la reparación del daño queda exonerada de probar la culpa del demandado, porque ésta se presume, y siendo la operación de desestibe de carga, como la de éter, una actividad peligrosa, le correspondía a la demandada demostrar “que el perjuicio provino de la víctima, de fuerza mayor o de intervención de un elemento extraño, pero no ninguno de estos aspectos se presentó defensa”.

6. Que así las cosas, “está demostrado el daño padecido por la demandante y presumiéndose la culpa de la entidad demandada, resta por analizar el nexo causal, el cual se deduce sin mayor esfuerzo, puesto que la conflagración en el buque se originó cuando se estaba realizando la operación de desestibe por la demandada”.

7. Luego el Tribunal entra a examinar la conducta asumida por la demandante respecto de los hechos controvertidos, y comienza por afirmar que no se puede subestimar que la situación que se examina también se originó “en varias causas, en virtud de la cual no podía condenarse a la demandada a resarcir íntegramente el perjuicio sufrido por la demandante”, sentando al efecto las reflexiones siguientes: 1ª Que Transportadora Grancolombiana Limitada en su calidad de agente marítimo de la demandante, intervino en la operación de desestibe, realizando labores de “zunchado y cargue de los palletes con los tambores y debido a su deficiente realización”, se produjo el desprendimiento de uno de ellos. 2ª Que la mercancía fue “mal estibada”, porque tratándose de líquidos inflamables, han debido transportarse sobre cubierta o en el primer entrepuente, conforme con los reglamentos internacionales, para que sea la última carga que se embarca y la primera que se descarga, lo cual fue incumplido por la demandante. 3ª Que igualmente la actora infringió la cláusula 41 del contrato de fletamento a término celebrado con Faneos Shipping Corporation, en la que se excluía el transporte de ácidos y carga inflamable.

8. Que ante las circunstancias últimamente referidas, no procede la reparación total del daño producido según lo predica el artículo 2357 del C.C.

9. Que “encontrándose que el incendio de la nave se debió no sólo a la imprudencia de la empresa demandada, quien por ministerio de la ley tiene el manejo de la carga dentro de las zonas portuarias, sino también a la negligencia y transgresiones en que incurrió la demandante, la condena que hizo el *a quo* consulta los postulados de la equidad, pues en últimas implica la reducción del monto de la condena apropiada por reparar el perjuicio sufrido por la actora, como armador de la nave Faneos, reducción que equivale a lo que en derecho moderno se denomina compensación de culpas y que se traduce en que cuando el coparticipe del daño comete una culpa indiscutible, la que a la vez concurre con una conducta igualmente culpable de la víctima, el fallador debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas de manera concurrente lo mismo que la cuantía del daño, dentro de un marco eminentemente discrecional, y aquí es claro que el mayor grado de culpa lo tuvo la demandada al no haber suspendido las labores de descargue hasta tanto se tomaran todas las medidas de seguridad para el desestibe de esa carga peligrosa”.

10. Enseguida el Tribunal se ocupa de los medios exceptivos propuestos por la parte demandada, y respecto del atinente a la “inexistencia de la obligación”, dice que no se abre paso, porque según la ley (art. 1606 del C. Co.), la responsabilidad de la sociedad transportadora terminó cuando la empresa demandada inició las labores de descargue con sus agentes u operarios, y la ley le ha encomendado la prestación de tal servicio que no puede eludir y ya se dijo y analizó la obligación en que está de reparar el daño en la proposición señalada. Y con relación a la excepción de prescripción, también resulta impróspera, porque entre la fecha de ocurrencia del siniestro (5 de noviembre de 1981) y la de presentación de la demanda (2 de noviembre de 1984), no alcanzó a transcurrir el término señalado en la ley (art. 2358 del C.C.).

11. Finalmente el *ad quem* expresa que a pesar de que el artículo 307 del C. de P. C. modificado consagra la regla general de hacerse condenas en concreto, no es posible en el caso a estudio, por la forma como pidió el demandante en su demanda, por carecer de elementos para lograr mediante un decreto oficioso de pruebas su determinación y por demás, cuando se presentó la demanda, se profirió la sentencia de primer grado y se registró el proyecto de fallo, aún no se habían introducido las modificaciones al Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970).

LA IMPUGNACIÓN

Dentro del ámbito de la causal primera de casación, tres cargos formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales los dos primeros serán estudiados conjuntamente por su conexidad.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 2341, 2342, 2343, 2356, 2357 del C.C., 1473 del C. de Co., por aplicación indebida; 1666, 1668 y 1669 del C. de Co., por falta de aplicación, como consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de la demanda y otras pruebas.

Comienza la censura por destacar que el Tribunal desacertó al considerar y calificar a la Flota Mercante Grancolombiana como “armador”, yerro que lo condujo a tener a la demandante como víctima del daño de la nave y a reconocerle el derecho a indemnización.

En procura de demostrar el cargo, la recurrente le achaca al *ad quem* los yerros de facto siguientes:

a) El Tribunal pasó por alto la confesión que hizo la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. en los hechos 5 y 7 de la demanda, en el sentido de haber celebrado un contrato de fletamento a término, o sea, “Time Charter” con Faneos Shipping Company, respecto de la nave incendiada;

b) Según “el artículo 1666 del Código de Comercio, son partes en el contrato de fletamento el armador de una nave y el fletador; el armador se obliga a cumplir con la nave el viaje ordenado por el fletador (si se trata de fletamento por viaje o charter party), o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador (si se trata de fletamento a término o time charter); el fletador se obliga a pagar al armador una contraprestación. El armador, dice el artículo 1473 del Código de Comercio, es la persona que apareja, pertrecha y expide la nave por su cuenta y riesgo, conforme el artículo 1743 del Código de Comercio.

“Por haber ignorado esta confesión, el Tribunal no tuvo por demostrado, como lo estaba, que la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. era simple fletadora y no armadora de la nave, con lo que aplicó indebidamente, en su favor, el artículo 1743 del Código de Comercio, que hace correr a cargo del armador los riesgos de la expedición de la nave y por lo mismo le confiere derecho a las reparaciones de los daños sufridos con motivo de tales riesgos; así mismo, al adjudicarle erradamente a la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. la calidad de armadora, el Tribunal la tuvo por víctima del daño causado a la nave en el incendio y le reconoció el derecho a obtener su reparación, aplicando así, en forma indebida, los artículos 2341, 2342, 2343, 2356 y 2357 del Código Civil, que reservan a quien ha sufrido el daño el derecho a la indemnización.

“Este mismo error condujo al Tribunal a violar por falta de aplicación los artículos 1666, 1668 y 1669 del Código de Comercio, pues si hubiera tenido a la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. como fletadora de la nave, el Tribunal le habría denegado su pretensión a la indemnización de los daños, pues a términos de estas normas el derecho del fletador se limita a ordenar la realización de ciertos viajes, mientras que los derechos sobre la nave pertenecen al armador; en otras palabras, el fletador no padece los daños que se ocasionen a la nave, y por lo mismo no tiene derecho a su indemnización”;

c) El *ad quem* igualmente incurrió en error de hecho en la apreciación del contrato de fletamento a término celebrado el 25 de septiembre de 1981 entre la demandante y Faneos Shipping Company como propietaria y armadora de la nave, porque la traducción que se hizo del mencionado negocio jurídico fue acomodaticia, porque la locución inglesa “charter”, de uso corriente en el comercio marítimo, significa “fletador” y no “armador”, como impropriamente se tradujo, lo cual condujo a calificar a la demandante en “armadora” de la nave, cuando realmente asumió la posición jurídica de “fletadora”. Así mismo, la expresión inglesa “owner”, con que se designa a Faneos Shipping

Company y que significa “armador”, fue limitada a su acepción de propietario. Empero, el contenido de las cláusulas del contrato ponen de presente que Faneos Shipping es el armador y la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. es el fletador de la nave y, por tanto, las cláusulas fueron ignoradas por el *ad quem*.

En seguida la censura expresa que los yerros fácticos en que incurrió el *ad quem* quedan demostrados así:

1. Ignoró el Tribunal la denominación de fletamento a término, dada por las partes al contrato en su encabezamiento.

2. Ignoró el *ad quem* que según la condición número 1 del contrato, Faneos Shipping Company, fue quien se encargó de equipar y mantener la nave en estado eficiente de operación.

3. Se desentendió el Juzgador de segundo grado de la cláusula 22 del contrato, según la cual el propietario de la nave debía mantener el equipo de la misma en buenas condiciones y suministrar los aparejos necesarios.

4. No advirtió el sentenciador que según la cláusula 26 del contrato, nada de lo dicho podía interpretarse como cesión del barco de la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. y no se percató que el propietario Faneos Shipping Company continuaba “siendo responsable de la navegación del barco, de los seguros, la tripulación, los reclamos de la carga y de todos los demás asuntos”.

De todo esto, expresa la censura que el *ad quem* cayó en falencia al tener a la Flota Mercante Grancolombiana como armadora y no como fletadora, lo que dio lugar a quebrantar los artículos señalados al comienzo del cargo.

5. Por último, manifiesta la parte recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta que la Dirección General Marítima y Portuaria, según oficio número 3642 de 9 de diciembre de 1986, deja establecido que a la demandante se le autorizó el fletamiento de la motonave Faneos, entre el 30 de septiembre y el 5 de noviembre de 1981, o sea, que la Flota Mercante Grancolombiana tenía la calidad de fletadora y no de armadora, yerro de facto que de no haberse producido, no habría aplicado los preceptos que aplicó y hubiera hecho actuar los que no aplicó, todos los cuales quedaron indicados atrás.

Cargo segundo

Por éste, acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 2341, 2342, 2343, 2356 y 2357 del C.C., por aplicación indebida; y de los artículos 1666, 1668 y 1669 del C. de Co., por falta de aplicación, como consecuencia de errores cometidos en la apreciación de la demanda y de las pruebas.

La recurrente desarrolla el cargo sobre los asertos siguientes:

a) Incurrió el Tribunal en yerro fáctico al pasar por alto la confesión que hace la demandante en los hechos 5 y 7 de la demanda, al admitirse en ellos que el contrato celebrado entre Faneos Shipping Company y la Flota Mercante Grancolombiana, S.A., es de “fletamento a término o time charter” y en que la última es “simple fletadora y no armadora”, lo que lo llevó a quebrantar las normas sustanciales antes indicadas;

b) Incurrió el *ad quem* en error de derecho al haber apreciado “la traducción” del contrato de fletamento aportado a la demanda, porque la traducción no fue efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores ni por intérprete designado por el juez, sino aparentemente por María Cristina de Bermúdez en calidad de intérprete oficial según resolución del Ministerio de Justicia, desprovista de autenticidad, con quebranto de los artículos 260, 277 del C. de P.C. y 39 de la Ley 153 de 1887;

c) La censura en este cargo que el Tribunal incurrió en error de hecho al no tener en cuenta el oficio número 3642 de 9 de diciembre de 1986, originario de la Dirección General Marítima y Portuaria, en que se deja establecido que la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. se le autorizó el fletamento de la motonave Faneos, entre el 30 de septiembre y el 5 de noviembre de 1981, según el cual la Flota tenía la calidad de fletadora de la mencionada nave y no de armadora.

Concluye la censura reafirmando que el *ad quem*, por los yerros indicados, quebrantó el derecho sustancial señalado al comienzo.

SE CONSIDERA

1. Como quiera que en las instancias y en el recurso extraordinario, fuera el punto central de la controversia por responsabilidad aquiliana, se viene discutiendo la naturaleza jurídica del contrato celebrado el 25 de septiembre de 1981 entre Faneos Slipping Company y la Flota Mercante Grancolombiana, S.A., y la calidad con que actúan las partes intervinientes en dicho negocio jurídico, es procedente hacer prioritariamente alguna incursión al derecho positivo marítimo en el punto.

2. *Quien tiene el señorío sobre una nave, bien puede administrarla y explotarla comercialmente, en cuyo caso tiene la doble calidad de propietario y armador, o negocialmente puede desprenderse tanto de la administración de la nave como de su explotación comercial y, en tal evento, quien recibe la nave en estas condiciones tiene la calidad jurídica de armador, que según la ley, es la “persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha o expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas la responsabilidades que la afectan” (1473 del C. de Co.).*

3. *Cuando el propietario de la nave se desprende o cede la administración y explotación comercial de la misma a otra persona, ésta adquiere la calidad de armador, como antes se dijo, y tal hipótesis acontece a través del contrato de arrendamiento, o sea, “cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra a cambio de un precio, el uso y goce de la nave, por tiempo determinado” (art. 1678 del C. Co.), negocio jurídico éste por el cual el arrendador le entrega la nave al arrendatario desprovista de capitán y tripulación, para que sea este último, dentro de su fuero y atribución administrativa, quien entre a proveerla de tal personal, y lo que explica la ley, en el punto, expresa que el “arrendatario tendrá la calidad de armador y, como tal, los derechos y obligaciones de éste” (art. 1682 del C. de Co.), y también disponga que serán “de cargo del arrendatario el aprovisionamiento de la nave y los gastos y reparaciones, distintos de los mencionados en el artículo 1680, que ocasionen el empleo de la misma en el uso*

previsto en el contrato. Estará obligado, además, a reparar los deterioros y daños causados por el uso anormal o indebido de la nave” (art. 1684 del C. de Co.).

4. Cuando el propietario armador negocia o cede el uso de la nave, incluyendo su dotación y su personal como el capitán y la tripulación, mas no así la administración del buque, tal acto jurídico no es de arrendamiento, sino un contrato de fletamento, en el que el fletante es el armador y, por ende, esta última calidad no la tiene el fletador.

5. El artículo 1666 del Código de Comercio expresa que el “fletamento es un contrato por el cual el armador se obliga, a cambio de una prestación, a cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos, o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador, en las condiciones que el contrato o la costumbre establezcan”.

6. Según la noción legal precedente, fácil resulta advertir que en ella se comprende las dos formas comunes del contrato de fletamento, o sea, el fletamento por viaje (charter party) y el fletamento por tiempo (time charter), caracterizándose el primero en que el fletador utiliza la nave para un viaje y excepcionalmente para más de uno, y distinguiéndose el segundo en que el fletador emplea la nave durante el tiempo convenido, sin que deba tenerse en cuenta el número de viajes. Empero, en una y otra modalidad, el contrato deberá contener las exigencias legales siguientes: a) Los elementos de individualización y el desplazamiento de la nave; b) El nombre del fletante y del fletador; c) El precio del flete, y d) La duración del contrato, si el fletamento es por tiempo; o la indicación de los viajes que deben efectuarse, si el fletamento es por viaje o viajes (art. 1667 del C. de Co.). Y en lo que toca con la prueba del contrato, éste deberá acreditarse por escrito, salvo que se trate de embarcaciones menores (art. 1667 incs. 1 y 6 del C. de Co.). Aquí es preciso aclarar, porque puede ofrecerse a confusión, que cuando la ley expresa que el contrato de fletamento “se probará por escrito”, esta afirmación no está indicando que dicho negocio jurídico sea solemne y que, por ende, deba entenderse que la consignación “por escrito”, sea un elemento ad substantiam actus, sino apenas una exigencia ad probationem, como acontece igualmente para el contrato de transporte marítimo (art. 1578 del C. de Co.). Actualmente, el contrato de fletamento aparece con otras exigencias adicionales (arts. 155 y ss. del Decreto 2324 de 1984 y Decreto 2451 de 1986).

7. En el negocio jurídico de fletamento intervienen, en la calidad de partes, el fletante y el fletador, y así los denomina la legislación colombiana al aludir a los elementos que debe contener el contrato y a los derechos y obligaciones que para uno y otro genera la mencionada convención (arts. 1667 Núm. 2, 1668 a 1671, 1673, 1675 y 1676 del C. de Co.), distinguiéndolos de tal manera que no puedan ser confundidos con las partes y con los derechos y obligaciones de los que participan en otros contratos marítimos, como el arrendamiento de naves (arts. 1678 a 1687 del C. de Co.), a pesar de que en los primeros tiempos, no aparecieron con los perfiles y las distinciones que hoy ofrecen en el derecho positivo nacional.

En el contrato de fletamento, el fletante es el armador, o el propietario de la nave, que cede el uso de la misma; el fletador es el que contrata el uso de la nave. Estos son, pues, los elementos personales del contrato, y en desarrollo de dicho negocio, contraen

determinadas obligaciones, unas reguladas por la ley y, otras, acordadas por las partes, según sea el contrato de fletamento por tiempo o por viaje o viajes.

8. En el contrato de fletamento por tiempo, (Time Charter), que es el que aquí interesa, según la legislación pertinente, contrae las siguientes obligaciones: a) Entregar la nave en el lugar y la fecha acordada. Con todo, el fletante no está obligado a emprender un viaje en que se exponga la nave o las personas a un peligro no previsible al momento de la celebración del contrato, como también cuando la duración previsible del viaje exceda considerablemente el término acordado en el contrato (art. 1670 del C. de Co.); b) A entregar la nave en estado de navegabilidad para el cumplimiento del contrato (art. 1688 del C. de Co.); c) A armar y equipar la nave (art. 1688 del C. de Co.).

9. En lo que se relaciona con el fletador, respecto del fletamento por tiempo, corren de su cargo las obligaciones siguientes: a) Pagar el flete por mensualidades anticipadas, salvo estipulación o costumbre en contrario (art. 1672 del C. de Co.). En caso de que se haga imposible utilizar la nave por causa no imputable al fletador, éste no deberá el precio durante el tiempo del impedimento, como cuando la nave estuvo sometida a reparaciones (art. 1673, incs. 1 y 3 del C. de Co.). Con todo, en caso de demora por riesgo de mar o por accidente imprevisto de la carga o por orden de autoridad nacional o extranjera, se deberá el flete durante el tiempo que dure el impedimento, con deducción de los gastos ahorrados por el fletante como consecuencia de la no utilización de la nave (art. 1673 inc. 2 del C. de Co.). Y en caso de pérdida de la nave, el fletador deberá pagar el flete hasta el día de la pérdida de la misma, salvo que en el contrato se hubiera acordado otra cosa (art. 1674 del C. de Co.); b) También corren de cargo del fletador, en el fletamento por tiempo, los gastos de aprovisionamiento de combustible, agua y lubricantes necesarios para el funcionamiento de la nave, mas las expensas inherentes al empleo comercial de la nave, incluidas las tasas de anclaje, canalización y otras semejantes (art. 1669 del C. de Co.). Y esta obligación de cargo del fletador es razonable, porque él tiene la gestión comercial de la nave (art. 1675 del C. de Co.), aunque no tiene la gestión náutica de la misma, que continúa en cabeza del fletante y la desarrolla a través del capitán, como se desprende de la primera parte del inciso primero del artículo 1670 del C. de Co.; c) Al vencimiento del contrato de fletamento por tiempo, el fletador está obligado a restituir la nave al fletante en el lugar acordado en dicha relación contractual. Para este efecto, se debe tener en cuenta la hipótesis que contiene el artículo 1671 del C. de Co., o sea, cuando el último viaje excede el tiempo de duración del contrato, en cuyo caso se restituirá al arribo de la nave.

10. Del conjunto de reglas legales que se han establecido en la legislación, no sólo nacional, sino foránea, se tiene que el arrendatario, al adquirir el uso y goce de la nave, adquiere el control de la misma y, por tanto, contrae responsabilidad como armador y, aunque expresamente no lo establece el ordenamiento, recibe el buque desprovisto de capitán y tripulación; en cambio, en el fletamento, el fletante, al entregar la nave, no se despoja del control de la misma, y la entrega al fletador armada y equipada, generalmente comprendiendo en ella capitán y tripulación, como atrás se dijo.

11. Las reflexiones precedentes permiten inferir que los contratos de arrendamiento y fletamento de naves son dos negocios jurídicos que difieren, que en forma alguna, según su regulación en el derecho positivo, pueden ser confundidos, porque entre ellos

existen notorias y sustanciales diferencias, fueron reglados en títulos separados (Libro V. T. XyXI) y, por demás, así lo expresó la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958, que constituye el antecedente del actual, cuando expresó sobre el particular: "Regula este título el contrato de fletamento en sus dos formas usuales de fletamento por viaje (*charte-partie*, *carta partita*, *charter-party*) y de fletamento por tiempo (*time-charter*, no lo a tempo). Como se ha dicho anteriormente, la Comisión ha tenido buen cuidado de diferenciar esta institución del fletamento, en que el fletador no asume la calidad de armador, ... del arrendamiento de nave, que se reglamenta en el Título siguiente, en el que el arrendatario adquiere la calidad de armador. En esto ha seguido la Comisión las huellas del Código italiano de navegación. En el fletamento, el fletante es el armador y tiene las obligaciones y responsabilidades de tal".

Y sobre el arrendamiento de naves, explicó la comisión; "Corresponde este contrato a la locazione o lacazione a scafo nudo o imbrago (arts. 376 y siguientes), del Código italiano, a la location coque nue de los franceses, al bare boat charter de los norteamericanos, y al affreightment ad demise of the ship o time-charter by demise, de los ingleses. Como ya se ha dicho, el locatario asume la calidad y las obligaciones de armador. De consiguiente, el arrendatario de nave puede ser a su vez, fletante".

12. Hechas las precisiones precedentes, también se impone, por motivos de orden lógico, para despachar el recurso, hacer otras que tienen que ver con la determinación del contenido y el alcance de los contratos, punto éste en el cual la legislación civil ciertamente ha consagrado unas reglas o pautas orientadas a guiar la mente del juzgador en el examen y ponderación de los negocios jurídicos, precisando la doctrina que cuando el contrato, como acontece generalmente, ostenta una unidad, sus cláusulas o estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada, armónica y en conjunto, y en manera alguna aislando unas de otras como si fuesen partes autónomas, porque de esta suerte, ha dicho la Corte, "se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon" (XLII, número 1899, 343; marzo 15/65).

Este criterio lo ha expuesto la Corte en múltiples decisiones, fundado en que en la hermenéutica de los contratos, a pesar de contemplar la ley un conjunto de directrices destinadas a que el juzgador acierte en la determinación de los alcances y contenido del negocio jurídico, ha afirmado que en tal labor no se puede desentender el juzgador del postulado señalado por el artículo 1622, del C. C., al expresar que "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad", puesto que ciertamente son sus estipulaciones, base ineludible para interpretar el pensamiento de los contratantes (G.J. CVI, 110).

13. Si bien es cierto que el Código de Comercio establece que los principios que gobiernan la interpretación de los negocios jurídicos civiles le son aplicables a los negocios jurídicos mercantiles, también lo es que deja a salvo los que aquel estatuto consagra específicamente para estos últimos, al establecer el artículo 822 del C. de Co. que los "principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirise, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a

menos que la ley establezca otra cosa". Esta salvedad final armoniza con lo que el mismo estatuto establece en el artículo 1º, cuando dice que "los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas".

14. Ahora bien, en lo tocante con la interpretación de los negocios jurídicos mercantiles, la legislación comercial consagrará algunos principios o reglas en materia de interpretación, entre los cuales se destacan las siguientes: a) Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas supletivas y a las costumbres mercantiles (art. 4º); b) Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles (art. 5º); c) Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871); d) no puede tenerse como contrato conmutativo, un negocio en el que la prestación de una de las partes es irrisoria (art. 872); e) Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a aprobar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano. Y cuando se hayan empleado simultáneamente diversidad de idiomas, se entenderán dichos términos en el sentido que tengan en castellano, si este idioma fue usado; en su defecto, se estará a la versión española que más se acerque al significado del texto original. El sentido o significado a que se acaba de aludir, es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca, o finalmente, el sentido natural y obvio del idioma a que corresponda (art. 823).

Estas reglas o principios, y otras más que existen en la legislación comercial, cuando se trate de interpretar un negocio jurídico mercantil deben ser acatadas prioritariamente por el juzgador, según se desprende del contenido y alcance que exteriorizan los artículos 1º y 822 del Código de Comercio. Y las pautas de interpretación de los negocios mercantiles, antes señaladas, van destinadas a que el juzgador determine la naturaleza del contrato, la verdadera intención de las partes y los fines por ellas propuestos.

15. Al confrontar el contrato celebrado el 25 de septiembre de 1981 entre Faneos Shipping Company y la Flota Mercante Grancolombiana, S.A., respecto de la nave "Faneos", con las reflexiones antes expuestas, fácilmente se infiere que tal negocio jurídico exterioriza un contrato de fletamento, en la modalidad de fletamento por tiempo (Time-Charter), en el que Faneos Shipping Company asume la calidad de fletante y la Flota la de fletador, no sólo porque demandante y demandado, en sus escritos de demanda y respuesta así lo han entendido, ni porque así lo hayan denominado las partes contratantes, sino, además, porque del conjunto de sus cláusulas y del contenido de las mismas, surgen para las partes contratantes los derechos y obligaciones fundamentales y propios del contrato de fletamento y a las cuales la Corte aludió al examinar las particularidades del contrato de fletamento por tiempo y, más específicamente, las obligaciones recíprocas entre fletante y fletador. Para llegar a esta conclusión, sólo es suficiente ver las cláusulas del contrato, fundamentalmente la uno (1), cuatro (4), ocho

(8), nueve (9), catorce (14), quince (15), veintidós (22), veintiséis (26), treinta y nueve (39), cincuenta y cuatro (54) a cincuenta y seis (56).

16. A pesar de que el *ad quem*, en algún pasaje de su fallo calificó a la Flota Mercante Grancolombiana como “armador”, tal calificación no conduce al quiebre de la sentencia impugnada, por los motivos que a continuación se sientan:

a) *Cuando la pretensión se circunscribe a reclamar una indemnización fundada en la responsabilidad civil por culpa aquiliana de que trata el Título XXXIV del libro IV del Código Civil, la preceptiva legal establece que todo aquel que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, está obligado a la consiguiente indemnización (art. 2341 del C.C.), y así mismo, señala, para tal evento, quién o quiénes están legitimados para solicitar su reparación, y quién o quiénes están obligados a indemnizarlo, pues por el aspecto activo, cuando el daño tiene lugar en una cosa, expresa el artículo 2342 del C.C. que puede pedir la “indemnización no sólo el que es dueño y poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño”.*

Y con relación al aspecto pasivo dispone el artículo 2343 del C.C. que está “obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”. A manera de síntesis, está legitimado para pedir la reparación del daño, quien lo ha sufrido, y corresponde indemnizarlo quien ha sido el autor del hecho que lo ha ocasionado.

En lo que concierne con el titular o titulares para reclamar la reparación del daño causado en las cosas, a que se refiere el artículo 2342 del C.C. antes transcrito, lo dispuesto en su primera parte, todo indica que no ofrece dificultades en su entendimiento, pero lo propio no acontece en el segundo fragmento del mismo al establecer, respecto de la indemnización, que “puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño”.

Según lo antes transcrito, cuando un arrendatario, depositario, comodatario, fletador, etc., todos los cuales tienen o contraen la obligación de restituir la cosa en las condiciones en que les fue entregada, y sucede que durante la época de su tenencia la cosa resultó deteriorada por un hecho ajeno, bien puede reclamar la consiguiente indemnización por el daño ocasionado el propietario de la misma o, en ausencia de éste, el que está obligado a restituirla, o sea, uno de los dos, pero no ambos, pues la ley, tal como quedó concebida la parte final del artículo 2342 del Código Civil, pretende evitar que se presenten dos reclamaciones indemnizatorias por el mismo daño, o más exactamente, que el autor del perjuicio resulte pagando dos veces el mismo hecho dañino. Por consiguiente, si el propietario de la cosa, que es quien está facultado prioritariamente para reclamar la reparación del daño, no lo hace, los obligados a responder al propietario por la cosa están legitimados para pedir la respectiva indemnización frente al autor del daño. Y así lo ha entendido la doctrina particular, al expresar el tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su obra “De la Responsabilidad Civil” que “si aparece claro que el dueño está siempre facultado para reclamar la reposición o restitución de la cosa dañada, no ocurre lo mismo con quien tenga la obligación de restituirla y responder por ella. El artículo 2342 del C.C. se limita a decir

que esa facultad surge 'sólo en ausencia del dueño'. Hemos de entender por tal el simple hecho de que el propietario no demande indemnización, pues no tiene ninguna consistencia lógica el pensar que la ley se está refiriendo a la desaparición física del propietario, o a su ausencia del lugar. En consecuencia, en cualquier momento, el responsable de restituir la cosa podrá reclamar la indemnización por el valor de ella, siempre y cuando el dueño no lo haya hecho”;

b) El fletador está obligado legalmente, como en el caso de la litis, a restituir la nave, al vencimiento del tiempo acordado. Pero además se estipuló que el buque se devolvería “a los propietarios en buen estado, en las mismas condiciones en que fue recibido exceptuando el uso y desgastos normales”;

c) Los propietarios de la nave Faneos no demandaron, ni demandarán la indemnización de los perjuicios ocasionados al buque, porque fueron pagados a aquéllos por la demandante y su agente marítimo;

d) Que siendo así las cosas, la demandante, así sea fletadora, está legitimada legalmente para reclamar los daños, al menos en la proporción en que fue condenada la demandada (arts. 2342 y 2344 del C.C.);

e) Algo más, contractualmente en el negocio jurídico de fletamento celebrado entre la demandante y Faneos Shipping Company, la primera se obligó a repararle a la segunda los daños que le causaren a la nave en las condiciones de la cláusula cincuenta y uno (51);

f) *Si lo dicho con anterioridad no fuese suficiente, miradas las cosas desde otro ángulo, se tiene que cuando una persona, como aquí acontece, concurre o participa con otro en la producción del daño causado a una cosa que no le pertenece, frente a los términos del artículo 2344 del C.C., ambos son solidariamente responsables del perjuicio “procedente del mismo delito o culpa”, y si a la vez aquélla indemnizó la totalidad del daño, por ejemplo, al propietario de la cosa, por virtud del fenómeno de la subrogación legal tiene derecho para que el otro participe del perjuicio le pague la parte que le corresponde en la deuda, o sea, en el caso a estudio, la parte proporcional en que fue condenada Puertos de Colombia (arts. 1668, ord. 3, 2357, 2344 del C.C. y 305 del C. de P.C.).*

17. Viene de lo dicho, que el yerro cometido por el *ad quem*, como se dijo *ab initio*, es intrascendente y, respecto de los otros reparos contenidos en los cargos primero y segundo, también conviene sentar las reflexiones siguientes:

1. *No resulta extraño al recurso extraordinario de casación, sino propio del mismo que el recurrente, dentro del marco de la causal primera, censure la sentencia del Tribunal por error netamente jurídico, así contenga planteamientos no formulados ab initio en el litigio, pues en tal evento no tiene la restricción de lo que la doctrina denomina “del medio nuevo en casación”. Tampoco lo hay cuando se trate de cuestiones que afectan al orden público. En cambio, si le repugna al recurso de casación que confundamente, en la causal referida, formule la censura planteamientos de hecho que vienen a ser presentados por primera vez en el recurso extraordinario, que ciertamente no tuvieron reparos en las instancias, porque una parte no puede quedar*

expuesta a que la otra la sorprenda con hechos no controvertidos o invocados en las instancias y, por ende, con desconocimiento de la garantía constitucional de la defensa (arts. 29 y 85 Const. Nal. de 1991).

2. *Sobre el punto que se viene analizando, la Corte ha sostenido, de manera uniforme y reiterada, desde hace varias décadas, que se quebrantaría "el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos y planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender la causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido con quebranto de la garantía institucional" (C.J. T. LXXXIII, pág. 76).*

3. *Cuando la acusación a la sentencia del Tribunal no concierne con la violación de la ley sustancial por vía directa, que es el campo propio para que la crítica o razonamiento puramente jurídico de la censura no constituya medio nuevo, sino que se formula por la vía indirecta, en que fuera del razonamiento jurídico formula planteamientos atinentes a los hechos o las pruebas que no le merecieron reparos en las instancias por el recurrente en casación, se está igualmente en presencia de un medio nuevo en el recurso que la jurisprudencia califica de "medios mixtos, que tampoco son de recibo en casación, como igualmente lo tiene sentado la Corte" (G.J. XLI, pág. 208; LXXXIII, págs. 78 y 79).*

4. *Con motivo de los fundamentos que se acaban de señalar, ha sostenido la Corte que constituye medio nuevo en casación y, por tanto, inaceptable, cuando en el recurso extraordinario se alegan, por primera vez, defectos rituales respecto de las pruebas aducidas, pues sobre el particular ha afirmado que el "cargo planteado por primera vez en casación, con base en defectos rituales que se le imputan a la aducción de la prueba..., implica un medio nuevo que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario" (G.J. T. XCV, pág. 497; CXLVII, pág. 26). Así mismo, "toda alegación conducente a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación de alguna prueba por razones de hecho o de derecho que no fueron planteadas ni discutidas en las instancias, constituye medio nuevo, no invocable en el recurso extraordinario de casación" (G.J. T. CXXXIX, pág. 84).*

5. *En este orden de ideas, cuando la censura, sin reparo en las instancias, introduce en casación un medio nuevo, atinentes a la forma de producción de una prueba documental, a los conocimientos que tenga o no un auxiliar de la justicia, o a la falta de prueba de la calidad de intérprete oficial, o que la traducción no se hizo por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a la falta de autenticidad de un documento, puntos respecto de los cuales no formuló reparo alguno en las instancias, no son reparos aceptables en el recurso extraordinario, como aquí lo pretende la parte recurrente. Se reitera que si se viene a acusar la sentencia del Tribunal, porque tomó en cuenta elementos probatorios que, como tales, o sea en su modo de incorporación*

y producción, no tuvieron tacha alguna en los trámites que le preceden al recurso de casación, no puede luego en éste introducir esos hechos, que ciertamente resultan ser nuevos y de última hora, que como lo ha sostenido la doctrina de la Corporación, riñen con la idiosincrasia del recurso, porque, "lo que no se alega en instancia no existe en casación" (G.J. T. LXXXIII, pág. 77).

De lo expuesto se concluye que los cargos no prosperan.

Cargo tercero

Por éste acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar directamente los artículos 2341, 2342, 2343, 2356 y 2357 del C.C., por aplicación indebida.

La parte recurrente explica el cargo así:

a) Que el *ad quem* tiene por probado que el incendio de la nave Faneos se produjo por la caída de uno de los tambores que contenía éter, debido a que fueron deficiientemente zunchados, labor que cumplió el agente marítimo Transportadora Grancolombiana Limitada, o sea que realizó la desestiba de la nave y la demandada se limitó a cumplir las labores de descargue o retiro del cargamento;

b) Que así las cosas, el Tribunal debió hacer responsable del daño a Transportadora Grancolombiana, como autora de la actividad de desestiba y por tanto, debió absolver a la demandada, como ajena a la actividad en que tuvo origen el daño;

c) Que entonces el Tribunal debió "deducir la presunción de culpa en contra de su autor, Transportadora Grancolombiana Ltda. Pero el Tribunal aplicó la presunción de culpa en contra de quien no realizó la actividad peligrosa en que se reconoce se originó el daño" y, por tanto, al condenar a quien no lo ocasionó, o sea, a la demandada, quebranto de la ley sustancial señalada en el cargo y por el concepto dicho.

SE CONSIDERA

1. *Con fundamento en los preceptos que regulan el recurso extraordinario de casación, concretamente con los atinentes a la causal primera, se infiere que el quebranto de la ley sustancial puede producirse por dos vías, que ciertamente resultan ser diferentes, que son: directa e indirecta. La primera tiene lugar, cuando con independencia de la cuestión de hecho, el fallo infringe la ley sustancial. La segunda modalidad de quebranto ocurre cuando la sentencia impugnada, como consecuencia de desaciertos de derecho o de hecho cometidos por el Juzgador en la apreciación de los medios de convicción, ha infringido los preceptos señalados por la censura.*

2. *Por la diferencia notoria que en su estructuración ofrece una y otra vía, se ha sostenido por la jurisprudencia, de manera reiterada y uniforme, que es impropio y, por ende, alejado de la técnica propia de la causal primera de casación, que montado el cargo por la vía directa, la censura se separe de las conclusiones a que llegó el Tribunal en el análisis de la situación fáctica, porque éste es un campo que la preceptiva técnica del recurso ha reservado a la vía indirecta. De suerte que constituye una grave falla en la formulación de un cargo al expresar en él que el quebranto de la ley sustancial se produjo por vía directa, pero en su desarrollo se desplaza a la indirecta.*

3. Precisamente, sobre la situación que se viene analizando, la jurisprudencia de la Corte tiene sentado que “en la demostración de un cargo por violación directa de la ley el recurrente no puede separarse ni aún en lo más mínimo de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. El desarrollo dialéctico de aquella labor demostrativa tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que se consideran quebrantados... y en todo caso con prescindencia de cualquier consideración que implique divergencia con el Tribunal en relación con la apreciación que éste haya hecho de las pruebas”. Y ello tiene que ser así, porque si el recurrente, con el fin de poder demostrar un error jurídico, hace incursiones en el campo de los hechos para deducir de allí sucesos diferentes a los trascendentes que en el mismo terreno haya encontrado el Tribunal, tal circunstancia estará poniendo por sí sola de presente que el censor discrepa de la sentencia acusada no sólo en la cuestión de derecho sino también en la de hecho; que la disconformidad sobre lo primero tiene origen en la disconformidad de lo segundo; y que, por ende, no se trata de violación directa sino de violación indirecta. Situación esta última que configura un motivo especial de casación, sujeto también a un régimen técnico también especial y distinto en todo caso del que es propio de la violación directa” (Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1969, CXXXII, 193 y 194; 17 de febrero de 1972, CXLII, 46 y 47; 18 de julio de 1984, no publicada).

4. Hechas las anteriores precisiones, se tiene que de la lectura de la sentencia del Tribunal, lo que en ella se afirma es que tanto la demandante, a través de su agente marítimo Transportadora Grancolombiana Limitada, como la demandada, intervinieron en la operación de desestibe, aclarando “que el mayor grado de culpa lo tuvo la demandada al no haber suspendido las labores de descargue hasta tanto se tomaren todas las medidas para el desestibe de esa carga peligrosa”. En cambio el recurrente, en el desarrollo del cargo plantea una situación diferente de lo que dice el *ad quem* en el examen de los hechos, lo cual se traduce en que el cargo, presentado por la vía directa, se desplaza a la vía indirecta y, por demás, lo que afirma el Tribunal, examinados en conjunto sus planteamientos, no concuerda con lo que sostiene la censura como dicho por el *ad quem*, o sea que discrepa de lo sostenido por éste. Semejante desacierto en la formulación del cargo, es suficiente para declarar su improperidad.

5. Fuera de lo dicho, que constituye motivo suficiente para rechazar el cargo, lo que afirmó el *ad quem*, para confirmarle al *a quo* lo decidido por éste, fue encontrar establecidos en el proceso los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil por culpa aquiliana, poniendo además de presente que el daño se produjo por culpa concurrente de demandada y demandante. Y ciertamente, en no pocos eventos, el perjuicio puede producirse por obra de la conducta desidiosa de la víctima, ya porque se origine en su actuación exclusiva, ora porque concorra con otro. La responsabilidad del demandado, en tales hipótesis, queda eliminada en el primer caso y apenas atenuada en el segundo, pues respecto de este último establece el artículo 2357 del Código Civil que “la apreciación del daño está sujeta a la reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

Entonces, cuando el daño, dice la doctrina de la Corte, tiene su origen en la concurrencia de culpas, “en negligencia tanto de la víctima como del autor del perjuicio, en este último evento, en virtud de la concausa, el demandado no puede ser

obligado, sin quebranto de la equidad, a resarcir integralmente el daño sufrido por la víctima. Si la acción u omisión culposa de ésta fue motivo concurrente del perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el lesionado, al menos parcialmente, su propio victimario. Y si él ha contribuido a la producción del perjuicio, cuya indemnización demanda, es indiscutible que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien sólo coadyuvó a su producción, quien, realmente, no es autor único, sino solamente su partícipe” (G.J. T. CLII, 29).

6. Si el *ad quem*, con fundamento en los elementos de convicción, encontró demostrada la culpa concurrente de demandada y demandante, no pudo quebrantar las normas sustanciales indicada en el cargo y, menos, por la vía directa, tal como lo formuló la parte recurrente.

Ante estas reflexiones, fácil es concluir que el cargo no se abre paso.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.