

personas físicas son instrumentos inconscientes de una voluntad que está fuera de ellos.

Esta manera de entender las manifestaciones de las relaciones jurídicas de las personas colectivas, pertenece a una conquista del derecho y los códigos modernos la han venido consagrando, quedando rezagada la idea de la representación. “Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos”, se ha consagrado en el Código mejicano.

Medellín, julio/53.

Alberto Gutiérrez B.

■

OBRAS CONSULTADAS:

- Sistema del Derecho Romano Actual. - *Savigny*.
 Teoría de la persona jurídica. - *Francisco Ferrara*.
 Las personas jurídicas y su responsabilidad por actos ilícitos. - *Arturo Barcía López*.
 Tratado de Derecho Civil. - *T. I. Planiol*.
 Por el Derecho Social al Derecho Civil. - *Luis Barriga*.
 Vida Humana, Sociedad y Derecho. - *Recasens Siches*.
 Derecho Internacional Privado. - *Alfredo Cock*.
 Instituciones de Derecho Civil. - *B. Brugi*.
 Sociedades. - *Miguel Moreno Jaramillo*.
 Manual de Derecho Internacional Privado. - *J. J. Caicedo C.*
 Principios Fundamentales de Derecho Administrativo. - *Diego Tobón Arbeláez*.
 “ESTUDIOS DE DERECHO”.
 Código Civil.
 Código Comercial.

EL CONTRATO DE TRANSPORTE EN LA LEGISLACION MERCANTIL COLOMBIANA

■

(Continuación)

Por otra parte, la obligación de custodiar la mercadería o la cosa conducida, no es exclusiva al contrato que estudio: también se presenta la misma obligación en el arrendamiento de cosas, el comodato y otros contratos, sin que se haya pretendido sostener que ellos equivalen al depósito o son un corolario de éste.

Para el profesor Cámara la principal diferenciación que puede hacerse entre los contratos a que me refiero radica en el aspecto económico de ellos y en su forma de ejecución o desarrollo. “Económicamente, dice el autor citado, el depósito no tiene casi valor, siendo en cambio, enorme la importancia que desde este punto de mira tiene el transporte”.

En lo que atañe a la ejecución de los contratos cabe observar que mientras el depósito es eminentemente sedentario, pasivo, pues el depositante se limita a guardar, a custodiar la cosa depositada con cargo de devolverla en cierto tiempo, el porteador realiza una labor activa, de innegable movilidad, como es la conducción. De grande trascendencia es esta distinción, como que ella origina el intrincado problema de la responsabilidad del porteador por pérdidas, averías y retardos, el cual es inexistente en el contrato de depósito.

Tampoco sobra observar, haciendo una aplicación concreta de la legislación colombiana, que por expresa declaración de ésta, como ya lo indiqué, el contrato que estudio es puramente consensual (artículo 263 del Código de Comercio), lo que no se compadece con la esencia del contrato de depósito que es netamente real; precisamente de la confusión de ambas figuras jurídicas nace la aseveración de que el transporte sea un contrato real en el sentido jurídico de esta expresión.

Sin embargo de todo lo dicho, se suele confundir, o mejor entender el contrato que estudio como un aspecto del de arrendamiento. Es esta la opinión más generalizada entre quienes niegan autonomía propia al transporte y la han fundamentado en la gran semejanza que encuentran con la locación de obra unos, con la de servicios otros, y en el hecho de que la legislación civil haya establecido las normas referentes al transporte civil como un capítulo del contrato de arrendamiento (Capítulo 10 del Título 26 del Libro 4º del Código Civil).

Para analizar esta nueva posición consideremos las tres clases típicas de la locación. “El arrendamiento —dice el artículo 1973 del Código Civil— es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado”.

De la definición transcrita se desprende con facilidad la existencia de las tres diferentes clases de arrendamiento a que he hecho alusión. Ellas son: de cosas, de servicios y de obra.

En la locación de cosas o arrendamiento de cosas, lo que configura el contrato es el uso o goce de la cosa materia del mismo por el arrendatario; en el contrato de transporte no ocurre igual situación y esta sola diferenciación es bastante por sí sola para establecer de una manera absoluta la tesis que sostengo, como que ella atañe a la esencia misma de los contratos aludidos.

Ni aún puede afirmarse, en mi sentir, como lo hace el profesor argentino varias veces mencionado en su obra “Contrato de Transporte de Cosas” (página 34) que “La prestación del locador de cosas es el uso de la cosa arrendada, mientras que dicha prestación en el contrato de transporte constituye simplemente una derivación de la obligación principal del porteador”. Creo que el hecho necesario del empleo por el porteador de los medios de conducción (vehículos), no significa en forma alguna que el remitente esté usando como arrendatario o en circunstancia parecida a la de éste y por una derivación refleja del contrato tales medios de conducción; tan cierto es ello que al remitente o consignante no le cabe la menor responsabilidad por los deterioros que sufran los vehículos en que se conduce su mercadería, la cual fuera factible deducirle si se le considerase por cualquier aspecto como un arrendatario.

Es tan clara la diferencia anotada que estimo como superfluo otro razonamiento para confirmarla; baste por ejemplo considerar en función

del contrato de transporte la imposibilidad de aplicación de las normas peculiares del arrendamiento de cosas, tales como las obligaciones del arrendador en cuanto a la entrega de la cosa arrendada (la cual no existe en el transporte), el mantenimiento en estado de servicio de la misma cosa (consecuencia de la obligación anterior y de consiguiente también inexistente en el transporte), el saneamiento de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada, o bien las obligaciones del arrendatario relativas a la manera como debe usar de la cosa materia de la prestación, o ya las normas dadas por nuestra legislación civil sobre extinción del contrato (ninguna de las cuales tiene aplicación en el transporte), para concluir que es un absurdo jurídico tratar de ubicar el transporte como una fase concreta del arrendamiento de cosas.

Para Sarrut, como ya tuve ocasión de señalarlo, el Código Civil ha visto en el transporte de mercaderías una variedad de la locación de servicios, e igual que él opinan otros autores.

En su libro “Instituzione di Diritto Civile”, tomo II, página 303, Ruggiero define el arrendamiento de servicios (*Locatio conductio operarum*) como un contrato por el cual el artífice, el operario, el trabajador (*Locador*), emplea por un tiempo determinado su propia energía de trabajo en favor de otro (conductor) y contra una determinada remuneración (merced, salario, honorario).

Como se ve por la definición de Ruggiero, que es en su esencia la adoptada por la mayoría de los doctrinantes, en la locación de servicios se opera la venta, por así decirlo, de la energía de quien presta el servicio por un tiempo determinado, independientemente del producido del empleo de tal energía; en otras palabras “el arrendador se independiza del resultado de su trabajo”. Esto no ocurre en el transporte, ya que es esencial responder por el resultado del trabajo, que no es otro que verificar la conducción a que se compromete el porteador. Además, en el transporte no es que el porteador o el empresario arriesgue sus energías de trabajo y la de sus empleados para verificar la conducción, sino que ellos contraen una pura obligación de hacer, la cual deben ejecutar en los términos convenidos y a falta de éstos, en la forma reglamentada por la Ley, sin que sea forzosamente indispensable el cumplimiento personal de la obligación; quienes celebran el contrato, pueden, bajo su responsabilidad, encargar la ejecución del mismo a un tercero.

Finalmente, algunos han considerado el contrato a estudio como una especie del de arrendamiento de obra, fundándose en la gran similitud que presentan.

Según algunos expositores argentinos, quienes acogen esta opi-

nión, “en la locación de obra el locador se compromete a realizar una obra asumiendo toda la responsabilidad, por un precio que cobrará cuando la pone a disposición de la otra parte, y en el contrato de transporte, el acarreador se obliga a ejecutar la obra —desplazamiento de mercaderías o personas de un lugar a otro—, asumiendo la responsabilidad de la misma por un precio determinado. Existe indiscutiblemente una gran analogía entre esta convención y la locación de obra, habiéndolo así entendido la doctrina más autorizada”.

A lo anterior replica Bruschetti (Contratto di Trasporto, número 14, página 231) diciendo que tal asimilación no es correcta por cuanto en el arrendamiento de obra el arrendador compromete *su propia energía de trabajo*, al paso que en el transporte el porteador compromete *el resultado de su trabajo*. Además —observa el mismo autor— en el primero de los contratos dichos sólo actúan dos personas mientras que en el segundo, por norma general, actúan tres. Por último, agrega, que el contrato de transporte es real y la locación de obra es consensual, y que “la disciplina del contrato de transporte en las codificaciones modernas, es diversa en muchos aspectos del régimen de la locación de obra”.

A los argumentos de Bruschetti contesta César Vivante manifestando que “existen muchos ejemplos de locación de obra en los cuales se promete el resultado del trabajo propio o ajeno —contrato de trabajo—, y se puede estipular una locación de obra a favor de terceros, así como también pueden existir transportes a favor del mismo remitente” (Vivante, número 2.033, página 614, n. 7).

En lo que atañe a la diferenciación basada en la diversa naturaleza de los contratos, real el uno y consensual el otro, tal enunciado es equivocado frente a la legislación colombiana (artículo 263 del Código de Comercio) y también frente a lo sostenido por algunos doctrinantes; y en lo atinente a la diferente reglamentación de ambas convenciones, observa Asquini, citado por Cámara, que “Un diverso reglamento legislativo al determinar algunos efectos del contrato no puede borrar su estructura fundamental, ni impedir la aplicación de los principios de la locación de obra, donde la ley comercial expresamente no los derogue.

Creo que dentro de los lineamientos generales que estructuran el contrato de arrendamiento de obra puede muy bien comprenderse el de transporte, ya que en el fondo ambos se traducen en la obligación para una de las partes de realizar una obra, de ejecutar una obligación de hacer, por un precio determinado o determinable que será pagadero en la forma y tiempo convenidos. Pero esta afirmación no puede entender-

se bajo ninguna forma ni con ningún argumento como la identificación de ambos contratos, ni la intención de expresar que el transporte es una consecuencia de la locación, ni que estos contratos se confunden, ni que son la misma cosa, ya que como muy acertadamente lo expresa el conocido tratadista italiano César Vivante en su obra “Derecho Mercantil”, el transporte reúne indiscutiblemente los requisitos del contrato de locación de obra “porque regula un cambio de mercaderías y de trabajo considerado en su resultado —opus—; pero es una locación de obra calificada por el transporte de una mercadería o persona de un lugar a otro; este fin característico lo distingue de toda especie de locación de obra y lo destaca como una figura independiente con disciplina propia”.

De manera que para sintetizar mi pensamiento sobre la naturaleza del contrato que estudio y como conclusión de las diversas tesis expuestas, diré que en mi opinión el transporte es un contrato autónomo, no resultante de la amalgama de otras situaciones jurídicas y menos aún confundible con ellas, el cual puede dentro del terreno de la especulación encuadrarse como una forma *sui generis* de locación de obra, pero con características bien definidas que hacen imposible su identificación con el contrato últimamente citado. Más claro aún: El transporte participa en mayor grado del contrato de arrendamiento de obra que de ningún otro, sin que pueda llegar a confundirse con él.

Tal confusión sería a todas luces imposible por ese elemento de calificación anotado por Vivante en el concepto transcrito: el fin propio y exclusivo del transporte, la forma como se desarrolla el contrato, su peculiar reglamentación legal, su innegable trascendencia económica, son factores que hacen de él una situación jurídica tan autónoma e independiente en sí, como son, por ejemplo, la compraventa, el mandato, o el mutuo.

Además de las hasta aquí estudiadas, el contrato de que me ocupo y según los doctrinantes, posee un número considerable de características que constituyen otros tantos factores que influyen en su estructuración, y entre los cuales destaco los siguientes:

a) - Han estimado algunos que cuando una de las tres personas o partes principales que intervienen en este contrato falta a la estipulación inicial de él, celebrándose éste entre porteador y remitente, se está en presencia de una estipulación por otro o promesa de contrato por otro; la tesis contemplada tiene ocurrencia cuando el destinatario es ajeno a la celebración inicial.

Serán aplicables en este caso los artículos 1506 o 1507 del Código Civil Colombiano?

Veamos el texto de tales disposiciones:

El artículo 1506 es del tenor siguiente: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación, expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

"Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato". Y el artículo 1.507 estatuye:

"Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa".

Como bien se ve se trata de dos casos esencialmente diversos; el primero dice relación a una estipulación *a favor* de terceros, aunque el contratante no tenga ninguna facultad para representar al tercero, caso en el cual sólo éste puede exigir el cumplimiento de la convención y mientras no intervenga manifestación suya, tácita o expresa, en el sentido de no aceptación de la estipulación, ésta puede rescindirse por las solas voluntades de quienes concurrieron a darle vida.

El otro de los casos propuestos se presenta cuando el consignante o el porteador, responde a quien contrata con él, de que el consignatario, de quien no tiene ninguna facultad para representarlo, ha de aceptar la estipulación a la que fue completamente ajeno; dentro de esta situación sólo el tercero tiene libre facultad para aceptar o nó la estipulación y mientras no intervenga manifestación suya en ninguno de ambos sentidos, no contrae tampoco responsabilidad.

Además, el contratante puede exigir indemnización de perjuicios por la falta de manifestación favorable del tercero.

Tienen similitud los casos estudiados en cuanto en ambos el contratante carece de personería con relación a para quien contrata; además, aunque la Ley sólo en el último de los casos propuestos habla de "promesa", es evidente que en el primero también existe ella.

Se diferencian, por el contrario, y conforme a lo ya explicado, en razón de: a) - La naturaleza de la estipulación (el uno requiere el elemento específico "a favor", y el otro no); b) - La personería para demandar lo estipulado; c) - La situación jurídica del tercero para quien

se contrata; d) - La forma de reciliación del contrato; y según ésta, la responsabilidad por indemnización de perjuicios.

Qué dice la legislación mercantil?

Ante el absoluto silencio de ella, soy de opinión, aplicando el precepto del artículo 1º, inciso 2º, del Código de Comercio, de que tiene aplicación en forma integral la legislación civil ya anotada. No sólo no "resuelve con claridad la cuestión comercial" para aplicarla exclusivamente al caso propuesto, sino que el texto legal necesario es inexistente.

b) - Otra característica señalada, al transporte es la de que forma parte de los contratos denominados "de adhesión" los cuales tienen preferencia en el campo del Derecho Administrativo al decir de Geny, Horiou, y otros.

Sin embargo de que el tratadista profesor Cámara, en la página 42, bajo la letra f) de su obra "Contrato de transporte de cosas" afirma rotundamente la característica aludida, sin cuidarse de distinción alguna, creo que tal concepto es exagerado por cuanto en mi sentir sólo únicamente cuando se celebra con empresarios públicos. Ya volveré a calificar de "adhesivo" o de "contrato de adhesión" al transporte, sobre esto más a espacio.

En la Legislación Colombiana aparece exacta la acotación formulada.

c) - El transporte es contrato civil o comercial?

Muy diversas y complejas teorías se han esbozado, mas para no perderme en disquisiciones demasiado abstractas, ajenas al fin que me he propuesto con este trabajo, me concretaré a estudiar la Legislación Nacional.

Para ello se precisa repasar las nociones fundamentales sobre actos de comercio y actos comerciales, y sobre el campo de operancia de los derechos civil y comercial.

Sabido es que una de las bases del Derecho Comercial es la celeridad, la rapidez, la facilitación de los medios propios y oportunos para verificar las operaciones de circulación. Porque el Derecho Comercial es la dinámica, la fuerza activa que ha trascendido al mundo saliéndose de los carriles nacionales, ya que la circulación no se efectúa en escala local, sino que abarca todos los hombres del mundo. En cambio el Derecho Civil es lento, estático, sin mayor vida internacional, pues cada país regula los asuntos privados con normas diferentes. No podría aceptarse en el Derecho Comercial todas las vueltas y recopilación demorada de pruebas, datos, indicios, que han de ir a un Tribunal que tendrá que demorarse en el estudio de los expedientes, pues ello chocaría con

la desenvoltura que exige la circulación de la riqueza; prueba de ello son los mercados, las ferias y las bolsas.

Otra diferencia entre ambos derechos estriba en que el Civil se ocupa de la propiedad privada y de la organización de la familia, mientras el Comercial sólo accidentalmente toca con la propiedad y podríamos aseverar que para nada le interesa la familia, ni sus relaciones u organizaciones.

Es principio normativo del Derecho Civil el que en los contratos las prestaciones mutuas hasta donde ello sea posible sean equivalentes, y por ello se ha establecido el principio de la lesión enorme en tal legislación; en el Derecho Comercial, no obstante servirle como uno de sus fundamentos el principio del lucro, es inaceptable la norma del Civil, porque atacaría la seguridad y celeridad de las operaciones. En este Derecho no se conoce el principio de la lesión enorme.

Sabido es también que el Derecho Comercial tiene por objeto el estudio de las cuestiones del Comercio y que bien diferente es el concepto del Derecho Comercial del concepto económico; la economía, según su división clásica, comprende el estudio de la producción, la circulación, la distribución y el consumo; pues bien: las partes extremas (producción y consumo) son campo de aplicación del Derecho Civil, en tanto que las intermedias (circulación y distribución) lo son del Derecho Comercial.

Es indispensable formular la diferencia existente entre el concepto Comercial económico y el concepto Comercial jurídico; el primero se presenta cuando existe el fenómeno de la interposición y de consiguiente la idea de la circulación, al paso que en el segundo dicho fenómeno no aparece y se verifica un traspaso de propiedad directamente del productor al consumidor. Un ejemplo aclarará este concepto: Si a un campesino, poseedor de un rebaño de ovejas, le compro algunas con el objeto de cardar la lana y transformarla en vestidos que luego vendo, se ha operado entre el productor (el campesino) y el consumidor (el comprador del vestido) el fenómeno económico de la interposición, ha habido circulación de riquezas y de consiguiente se trata del concepto comercial económico. Si, por el contrario, he comprado tales ovejas para satisfacer mis necesidades personales, sin que yo las enajene ni transforme la lana y la dé así transformada al consumo, se opera una traslación directa de la fuente de producción al consumidor, no ha habido intermediario alguno y de consiguiente se trata del concepto comercial jurídico.

Por ello es impropio aseverar de manera categórica y con una

idea excluyente, el que los actos de comercio son los que tienen un fin de lucro, pues también lo son, aunque tal fin no aparezca muy claro, los realizados en las fases de interposición o circulación, que les da un carácter propio y definido.

Teniendo en cuenta lo expresado, aparece más comprensiva la definición que de actos de comercio traen algunos comercialistas franceses, diciendo que son actos comerciales aquellos que consisten en la circulación de la riqueza y tienen un fin de lucro. Por eso el comercio es la industria de intermediación entre productores y consumidores que quiere satisfacer las necesidades humanas de una manera más rápida y persiguiendo un afán de lucro.

Cuando el Derecho Comercial surge como obra codificada se presenta la necesidad de indagar si tal aspecto del Derecho constituye una entidad autónoma, de vida propia, de contornos precisos y claros o si se trata de una simple derivación excepcional del Derecho Civil. Podemos analizar tres escuelas principales al respecto:

a) - Para la escuela Francesa el Derecho Comercial no es más que una aplicación encauzada de manera concreta y específica de las normas del Derecho Civil, que no constituye en forma alguna un Derecho autónomo, propio, independiente de los principios del Civil, del cual se considera como una modalidad.

b) - La escuela Alemana en cambio, afirma la independencia de ambos Derechos y asegura la preeminencia del Derecho Comercial en razón de su importancia; es sostenida esta tesis con un argumento de orden sociológico fundamentado en el instinto de conservación, ya que, se afirma, los hombres han sentido necesidad de adquirir lo imprescindible para su subsistencia y por ello debe primar el Derecho que les señaló normas sobre esta actividad; luego vendría la estabilización de la costumbre como encarnadora de los medios usuales para la resolución de los conflictos, y sólo en tercer lugar aparecería el Derecho Civil que organiza la estática permanente, estado que supone un grado más avanzado en el desenvolvimiento de la sociedad; aboga pues, la escuela Alemana, por una legislación especial e independiente de ambos derechos y por una preeminencia del Comercial sobre el Civil.

c) - Finalmente, para la escuela Moderna, sostenida principalmente en Inglaterra e Italia, el Derecho Comercial no es una modalidad del Civil, ni es tampoco una entidad autónoma surgida con posterioridad a éste, sino una rama del Derecho General esencialmente diversa del Derecho Civil, tan importante como éste y simultáneos en su origen, cuyos principios requieren una armonización con los reguladores de la rama

civil. Una aplicación práctica de esta teoría la ha hecho el Código Federal Suizo recopilando conjuntamente ambos Derechos con base en una armonización y concordancia de los preceptos reguladores de ellos hechas con un criterio eminentemente jurídico.

Como ejemplos de la influencia que el Derecho Comercial ha ejercido sobre el Civil, tenemos, entre otros, las normas relativas a la mayor edad consagrada antes a los treinta, veinticinco o veintitrés años y hoy, merced a las normas de la legislación Mercantil, rebajada a los veintinueve, veinte y hasta diez y nueve años en algunos países; también ha sido rebajado el tiempo necesario para adquirir el dominio por prescripción, atendiendo a la celeridad y rápida movilización de la propiedad necesaria en el Derecho Comercial.

A medida que avancemos se verá que existen fundamentales diferencias entre ambos Derechos y aun entre instituciones que les son comunes. El mandato, por ejemplo, existe en ambos pero regulado por normas fundamentalmente diferentes; en cambio, hay instituciones comerciales que son completamente ajenas al Derecho Civil, como por ejemplo, la letra y el pagaré; también existen instituciones comunes a ambos Derechos en su forma pero diferentes en cuanto a su perfeccionamiento y efecto. Tal, la compraventa que en el Derecho Civil admite la modalidad de poder ser fijado el precio por un tercero, al igual que en el Derecho Comercial, pero con la diferencia de que si en el primero de los Derechos ese tercero falta sin haber hecho la fijación del precio, no puede celebrarse el contrato, ínterin en el último debe celebrarse con fundamento en el precio corriente de la plaza.

Concretándose más precisamente a los diferentes actos de comercio, vale mencionar aquí las dos concepciones generalmente admitidas en el Derecho Comercial: la subjetiva y la objetiva. La teoría subjetiva, seguida en Alemania, define quiénes son comerciantes para luego concluir que todos los actos ejecutados por ellos deben tenerse como comerciales; este criterio formalista encaja lógicamente dentro de las instituciones alemanas de comercio, donde se halla definido técnicamente, y también filosóficamente, el concepto de *comerciante*, y donde los Tribunales y Cámaras de Comercio cumplen estrictamente las disciplinas positivas comerciales.

La teoría objetiva, en cambio, induce del acto ejecutado su propia naturaleza jurídica sin fijarse en la calidad del sujeto de dicho acto; para esta escuela el acto en sí debe encerrar los caracteres propios del acto de comercio, a fin de que sea considerado como tal, no interesando,

lo repito, la calidad de quien lo celebra. Esta teoría ha sido acogida en parte por el artículo 9º de nuestro Código de Comercio.

He dicho que los actos de comercio se encuentran dentro de la parte media de la economía política: la circulación y la distribución, y también dije que no es sólo el concepto del lucro el que da carácter a los actos comerciales, sino que se precisa también la intermediación o interposición de la riqueza.

Ningún tratadista ni legislación alguna ha dado una definición de lo que deba entenderse por actos de comercio, pues éstos son tan vastos y de tan compleja estructuración que resulta poco menos que imposible querer establecer una enumeración taxativa, o una definición estricta.

Algunos expositores han dividido los actos de comercio, en objetivos, subjetivos, formales y prescritos por la ley. Se precisa una indicación somera de cada uno de éstos para establecer la calidad del transporte como acto mercantil.

Los actos objetivos de comercio forman la generalidad de la vida mercantil y se les ha sub-dividido en negocios relativos a mercancías y valores que encierran las operaciones fundamentales de compraventa, permuta, etc., de mercancías de toda índole y también las operaciones bancarias como traslado de fondos, descuento de letras, pagarés, cuentas corrientes (simples o compuestas), etc.; en negocios relativos al trabajo, que comprenden los relativos a la industria, la transformación de la materia prima en artículos comerciales mediante el empleo de la mano de obra, la ocupación de patronos y obreros, contratistas, etc.; en negocios relativos al riesgo que son aquellas empresas que se fundan con el objeto de garantizar riesgos como son las compañías comerciales de Seguros, que mediante una cuota calculada técnicamente aseguran el valor de determinado bien y aun estipulan el pago de determinada suma cuando falte la propia existencia. Bien conocidos son los seguros contra incendio, los seguros de vida, los de transporte, etc.

Como otra sub-división de los actos objetivos de comercio se presentan los negocios relativos al comercio marítimo, donde tiene su más antigua raigambre el Derecho Mercantil, ya que el primer comercio humano se hizo por dicha vía.

Quien ejecute cualquiera de los actos comprendidos dentro de las clasificaciones antedichas, debe presumirse comerciante porque, precisamente, la esencia del acto objetivo es que le da carácter de comerciante a quien lo realiza. Esta tesis del acto objetivo emplea, por así decirlo, un método inductivo que se eleva del análisis del acto en sí

para deducir la calidad del sujeto que lo realiza; como toda esta clase de actos es comercial, debe presumirse, de acuerdo con la lógica de la teoría, que quien los realiza es un comerciante. Naturalmente, se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario, la cual únicamente tiene por objeto desvirtuar la presunción de comerciante pero en ningún caso la calidad de comercial del acto; éste, por expresa determinación legal, queda sometido a la jurisdicción mercantil.

Los actos subjetivos de comercio son lo contrario de los actos objetivos; aquéllos derivan su calidad de quien los realiza, y de consiguiente implican la previa determinación de la calidad de comerciante. De acuerdo con esta teoría todo acto realizado por quien tiene la calidad de comerciante debe reputarse comercial; también se trata de una presunción legal que en todo caso admite prueba en contrario.

Una tercera parte de actos comerciales se ha clasificado atendiendo no al acto en sí mismo (teoría objetiva), ni a quien lo realiza (teoría subjetiva), sino a las formalidades que es preciso observar en la celebración de ellos: es la manera externa de su producción lo que les da el carácter de comerciales, en atención a que esta rama del Derecho ha preestablecido esa manera. Ejemplos de esta clase de actos son el pagaré, la letra de cambio y el contrato de sociedad. La ley Mercantil ha determinado la forma como deben expedirse aquéllos y celebrarse éstos, y cuando dicha formalidad extrínseca se cumple, se presume que el pagaré o la letra de cambio o el contrato de sociedad son comerciales.

Ante la imposibilidad de establecer una definición exacta de lo que deba entenderse por acto comercial, las legislaciones han adoptado por traer una enumeración de ellos, que en algunas aparece con el carácter de taxativa. De aquí ha surgido una cuarta clase de actos mercantiles que es precisamente la de los comprendidos en las enumeraciones legales; por ello se les denomina “actos comerciales por prescripción legal” o “actos prescritos por la ley”. El Código de Comercio Colombiano acoge esta clasificación en su artículo 20.

La disposición últimamente citada, prescribe como acto de comercio, bien de parte de ambos contratantes o de uno de ellos “las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables”. Obsérvese que se precisa la noción de *empresa* para que el transporte pueda considerarse como acto comercial prescrito por la ley.

Que el transporte como contrato puede ser civil o comercial es un hecho no discutido por nadie; en el primero de los caracteres dichos está tratado por el Código Civil Colombiano en el Capítulo Décimo del Título 26 del Libro Cuarto, bajo el género *Locatio* o contrato de arren-

damiento; en el último de los caracteres anotados lo estudia el Título Quinto, del Libro Segundo de nuestro Código de Comercio.

“El contrato de Transporte del Código de Comercio se individualiza esencialmente, a más de los elementos típicos comunes ya señalados, también por los elementos *específicos* de la comercialidad, es decir, que entre los dos contratos existe una relación de subordinación —no de coordinación— en el sentido de que el contrato de cosas regulado por el Código de Comercio es la especie comercial del género —*locatio operis*, para el transporte de cosas— del Código Civil”, según anotación hecha por un conocido autor.

Estasen afirma de manera casi absoluta que “En toda ocasión es un acto eminentemente mercantil, excepto cuando constituye un acto de beneficencia y no hay contrato suscrito, sea o no comerciante el porteador y sea cualquiera el objeto del transporte”.

El Código Colombiano no señala cuándo el contrato que estudio es mercantil o es civil. Otras legislaciones, por el contrario, tienen preceptos como el artículo 349 del Código español, que estatuye: “El contrato de transporte por vías terrestres o fluviales de todo género, se reputará mercantil: 1º) - Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio; 2º) - Cuando, siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público”. Conf. Código de Méjico, artículo 576. En igual sentido se pronuncia el Código Civil Italiano.

El estudio acerca de la diferenciación sobre el carácter civil o mercantil del transporte, es en nuestro Derecho un problema más teórico que práctico, por virtud del artículo Nº 2078 del Código Civil, que estatuye: “Las reglas anteriores (se refiere a las normas sobre el arrendamiento de transporte civil) se observarán sin perjuicio de las especiales para los mismos objetos contenidas en las leyes particulares, relativas a cada especie de tráfico y en el Código de Comercio”.

Conviene no perder de vista que la disposición copiada no es óbice a que la ley civil establezca ciertas normas fundamentalmente diversas —como en efecto las establece— a las del Código de Comercio. En tales casos para dilucidar la disposición aplicable, debe seguirse como criterio el texto legal transcrito.

Otras legislaciones como el Código Francés e Italiano establecen reglas precisas y diversas para el transporte civil y para el comercial; esta orientación que dentro de los tratadistas modernos constituye una excepción, ha sido combatida entre otros, por Asquini, en cuyo sentir “el futuro legislador debería hacer desaparecer cualquier diferencia de

tratamiento jurídico entre transportes civiles y comerciales que no es sentida en la práctica. Para obtener ello, no es necesario afrontar la cuestión del Código único de las obligaciones; bastaría declarar la comercialidad absoluta del contrato de transporte terrestre, como ha sido declarada para el contrato de transporte marítimo. —Artículo 8, inciso 7º—”.

De acuerdo con el numeral 7º del artículo 20 del Código de Comercio colombiano “son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables”.

Obsérvese que no se precisa la calidad de comerciante en ambos contratantes; basta que uno solo la tenga, sin que por esto el otro la adquiera, pues sólo significa que sin ser comerciante, su acto sí queda sometido a las normas comerciales por virtud de lo estatuido en el artículo 10 de la ley mercantil nacional.

Pero aún más: En el caso a estudio considero que ninguno de los contratantes tiene necesariamente que tener la calidad de comerciante. Más claro: pueden todos los contratantes ser no comerciantes y sin embargo las empresas de transporte serán siempre actos comerciales, y de consiguiente los contratos ajustados por ellas o con ellas serán contratos de transporte comercial.

Este acto comercial lo es objetiva o subjetivamente, o formal, o prescrito por la ley?

Descartando la tesis subjetiva por cuanto hemos visto que puede ser ejecutado por no comerciantes, no han faltado defensores de todas las restantes. Se le considera acto formal por virtud de la forma particular de prueba que constituye la carta-guía o carta de porte, y acto prescrito por la ley por cuanto —en sentir de quienes así opinan— la carta-guía no es un documento suficiente por sí solo para calificarlo de acto formal, y no teniendo forzosamente el carácter de comercial (acto objetivo) ya que existe el transporte civil, ni siendo siempre ejecutado por comerciantes (acto subjetivo) no queda, por sustracción de materia, otra clasificación posible que la de acto comercial por prescripción legal. Ya había anotado esta hipótesis al referirme a la disposición comentada.

En mi opinión ambas tesis son equivocadas: participo del concepto de que la carta-guía no es por sí sola suficiente para fundamentar el acto formal, no sólo por lo ya expuesto, sino además porque no siendo esencial el otorgamiento del aludido documento para la existencia del contrato, éste puede comprobarse por cualquiera de los medios probatorios comunes.

No creo acertada la refutación expuesta de la teoría objetiva porque la dualidad de la existencia del transporte civil y comercial no puede fundamentar la conclusión de quienes rechazan tal teoría.

Ya he anticipado el concepto, por nadie discutido, de que existen múltiples instituciones comunes a ambos Derechos y reguladas de muy diversa manera sin que ninguna de ellas pierda la individualidad que le es propia.

Creo que se está en presencia de un acto comercial típicamente objetivo, ya que el transporte es como el que más, acto propio de la etapa económica de la circulación de la riqueza. .

Tampoco debe olvidarse —como ya lo anoté— que la disposición a que me estoy refiriendo habla de “empresas”, vale decir, de una organización compleja en función de distribución o producción.

Excluye de consiguiente a quien ejerce la industria del transporte en forma individual. Luego veremos cómo por otra norma diversa también se cobija a éste dentro de la comercialidad del transporte.

De manera, pues, que un primer caso de calificación indiscutiblemente mercantil del transporte, es cuando éste se realiza por “empresas” en virtud de la objetividad comercial del acto, ya explicada.

También el Derecho Mercantil argentino considera “las empresas de transporte de mercaderías o personas, por agua o por tierra” como acto comercial, de la naturaleza de los objetivos, según opinión del profesor Héctor Cámara y del tratadista Rivarola.

Apunta el profesor Cámara como tradición histórica, que el inciso copiado (que es el 5º del artículo 8º del Código de la materia argentino) es apenas una reproducción del inciso 4º del artículo 7º del Código de 1862, al que se le agregó lo referente al “transporte de personas”.

Por lo dicho se comprende que la situación es la misma en el Derecho colombiano y en el argentino. No se trata —no sobra repetirlo—, en el caso especialísimo que contemplo, de la operación aislada de transporte, sino de la “empresa” y por tanto poco importa la manera de ejecución de la industria, la reglamentación de tarifas, itinerario, etc.

Pero entre nosotros, a diferencia de la legislación argentina, también cae dentro de la legislación mercantil la persona que accidentalmente transporta mercaderías, por virtud de lo establecido en el artículo 270 del Código de Comercio, que es del siguiente tenor: “Las disposiciones del presente título son obligatorias a los comisionistas de conducciones, a los asentistas y a las *personas que se obligan ocasionalmente a conducir pasajeros o mercaderías*”.

Entiéndase bien, eso sí, que la disposición copiada no da en nin-

guna forma el carácter de objetivo al transporte ejecutado aislada u ocasionalmente, como sí lo tiene el ejecutado por una empresa a virtud de lo ya dicho. Existe, pues, una fundamental diferencia en cuanto a la causa de la comercialidad de ambas clases de transporte, diferencia que hace que cada una de ellas tenga peculiares modalidades y efectos.

La jurisprudencia argentina ha negado la comercialidad del transporte de la persona que accidentalmente acarrea mercancías. “Para que la actividad del porteador asuma carácter comercial, es preciso que se le haya organizado como empresa. Por ello, los actos aislados del carretero, changador, espartillero, mudador, no tienen comercialidad objetiva, aunque sean promovidos por interés de lucro en quien arrienda su labor y medios de llevarlos a cabo”, dice una doctrina que aparece publicada en la “Recopilación Ordenada. Personas del Comercio”, cuaderno 8º, página 127 (30-12-939). C. Paz Letrada (Sala 3ª) Cap. Fed. parodi C/Ourol.

Ahora bien: Qué debe entenderse por “empresas de transportes” a que se refiere el numeral 7º del artículo 20 del Código de Comercio Colombiano?

Es evidente que tal concepto tiene una íntima conexión con el general de “empresa” y que no puede hacerse una identidad de ellos en los campos económico y comercial. Es quizás esta apreciación la única en que coinciden los comercialistas, pues en punto a qué debe entenderse por “empresa” existe una gran vacilación entre los juristas, no faltando quienes estiman el problema bajo la afirmación de que una empresa no es un grupo homogéneo y organizado sino una denominación general comprensiva de diversas y múltiples relaciones económicas.

Aunque para el fin propuesto con este estudio me bastaría sentar categóricamente la tesis —por demás valedera y ajustada estrictamente a nuestra legislación— de que cuando el transporte se ejecuta por una empresa estamos en presencia de un acto comercial por la objetividad del mismo, importándonos poco en sí mismo el concepto de empresa, por tener como fundamento la existencia de ella, me permito esbozar aunque de manera ligera algunas opiniones sobre tal concepto.

Para algunos doctrinantes la noción fundamental de “empresa” estriba en la *organización* de manera que se complementen mutuamente, de los varios factores económicos determinantes de la producción: naturaleza, capital y trabajo. En sentir de Arcangeli y Scialoja la empresa se caracteriza “como el ejercicio de una actividad compleja” y de consiguiente la constante repetición de una serie organizada de actos singulares, concretos, que se reflejan subjetivamente en la intención por

parte de quienes los realizan, de dedicarse en forma permanente y constante a una serie de negocios del mismo género y más o menos conexos entre sí.

Para Rocco el concepto que analizo no es nada diferente “al hecho de la organización del trabajo ajeno”, esto es, que existe una empresa cuando el empresario consigue un trabajo ajeno, lo organiza, lo vigila, retribuye y dirige para fines de producción.

El mismo tratadista objeta a la tesis que sostiene como empresa la organización de los factores de producción, que el factor económico de empresa se halla no únicamente en los actos que el Código de la materia califica como tales, sino también en todos los actos constitutivos; de ahí que un elemento que es común a todos los actos mercantiles, sea absurdo tratarlo como criterio distintivo de una sola clase de ellos. Además, observa el mismo autor, existen empresas que son tales en el aspecto económico de organización de la producción por la concurrencia de la naturaleza, el capital y el trabajo, y que sin embargo no son tales desde el punto de vista jurídico. Así por ejemplo, el artesano no se incluye en el radio de acción del derecho mercantil, aunque es frecuentemente un empresario económicamente hablando.

Refiriéndose a la teoría de Arcangeli y Scialoja, asevera Rocco que si “necesariamente toda empresa es una actividad compleja, no toda actividad compleja es empresa ni acto mercantil”, poniendo como ejemplo el caso de la labranza de la tierra, que desde luego es una actividad compleja y no tiene el carácter de mercantil.

El tratadista argentino doctor Héctor Cámara participa del concepto de empresa llamado “económico”, al cual tilda de exacto, y que ha sido expuesto por Vivante y otros autores. Para éstos, empresa es “La organización técnico-económica, que se propone producir mediante la combinación de los diversos elementos, naturaleza, capital y trabajo, bienes o servicios destinados al trueque, corriendo los riesgos por cuenta del empresario, esto es, de aquel que reúne, coordina y dirige esos elementos bajo su responsabilidad, concurriendo de esta manera a la circulación de la riqueza”.

Por todas las opiniones mencionadas, se saca como fácil conclusión que cualquiera sea el concepto que se admita sobre lo que constituye una empresa de transporte, esta no puede ser un acto solo, único, sino que presupone la existencia de una serie concatenada de actos, dirigidos todos al mismo fin. Tales actos son agrupados generalmente así:

a) - Relativos a la constitución e iniciación de la empresa; com-

prenden entre otros, su planeamiento, organización jurídica, reconocimiento de personería cuando ésta sea procedente, compra de máquinas, medios de transporte, locales, reclutamiento de personal, etc. En una palabra, desde la ideación del plan para organizar la empresa hasta que ésta se halle en capacidad inmediata para entrar en actividad; y

b) - Los relativos a las operaciones activas, esto es, las de funcionamiento y desarrollo de la empresa, con las cuales cumple su objetivo.

Dentro de este orden de ideas, no se tiene en consideración la clase de ordenamiento jurídico que se halla contenido en los reglamentos de la empresa (si se trata de una sociedad anónima, o en comandita, o colectiva, etc., o de qué clase de contrato o acto se trata) ni su reglamentación interna, ni la forma como desarrolla sus labores (si es por tarifas fijas o diferenciales, itinerarios, etc.).

De mucha importancia desde el punto de vista de la legislación mercantil, es observar la independencia existente entre la empresa de transporte como acto objetivo de comercio y la noción de la profesionalidad mercantil en el empresario de transporte. Son dos conceptos bien diferentes que en el caso a estudio carecen de toda conexión.

Más claro: no deja de ser acto objetivo de comercio la empresa de transporte, como lo he explicado en el estudio del numeral 7º del artículo 20 del Código de Comercio colombiano porque el empresario o el porteador ejerzan en forma habitual la profesión de comerciantes. Esta circunstancia no le da al acto comercial el carácter de subjetivo, como podría creerse a la simple lectura del artículo 9º del mismo código.

Esta diferenciación que me parece clara y que es sostenida por todos los modernos tratadistas del Derecho Comercial, no sólo no existía en varias legislaciones, sino que algunas como el Código de Comercio Alemán de 1861 en sus artículos 1º, 272, 390, 425 y siguientes, equiparaban al empresario con el comerciante.

Sosteniendo la tesis expuesta y criticando la posición adoptada por el Código Alemán de 1861, afirma muy exactamente Manara (*Gli atti de commercio*, número 227) que “el concepto de empresa es racionalmente distinto del concepto de ejercicio por profesión habitual, lo cual permite siempre concebir la empresa, aun la más vasta, sin que forzosamente se piense en la persona que del ejercicio de esta empresa haga su profesión habitual”.

Tampoco interesa para nada el caso contrario, esto es, cuando el empresario no ejerce de manera habitual una profesión comercial; aun puede ser el caso de que se haya organizado el empresario única y exclusivamente para pactar un servicio determinado y concreto de trans-

porte, pasado el cual se liquida la empresa, y por el hecho de la existencia de ésta siempre se tratará de un acto objetivo de comercio, así sea accidental u ocasional, el ejercicio, por el empresario mismo, del transporte. El mismo autor últimamente expresado cita el caso de una persona no comerciante, que conociendo que en un país cercano se realizará una fiesta, se propone especular con la curiosidad de las gentes, organizando a tal efecto un servicio regular de transportes, desde las más próximas estaciones a dicho lugar. Con tal propósito arrienda caballos y carruajes, contrata cocheros y cooperadores, obtiene las autorizaciones administrativas, publica anuncios, y en suma, efectúa todos aquellos actos necesarios para el negocio propuesto, realizándolo por fin durante los días que dura la fiesta. Es indiscutible que con todas esas operaciones se ha organizado una empresa de transporte, y que se ha producido un acto de comercio, pero sin embargo, el empresario no ha adquirido la calidad de comerciante, pues el ejercicio de la empresa ha sido accidental y no habitual.

c) - El último acto aludido y que necesariamente se halla incluido en la noción del transporte, está representado precisamente por el vínculo de relación, por la conexión de causalidad entre los dos actos ya estudiados, los que equivalen en verdad a dos etapas lógicas de la organización de la empresa. Es la razón de ser de los actos preparatorios o constitutivos en orden al desarrollo efectivo de los mismos, y a la vez, la de los relativos a las operaciones activas que son la consecuencia obligada, el corolario lógico de los primeros.

Aquellos actos son catalogados por algunos tratadistas como de Activos, mientras que los últimos son considerados Pasivos; clasificación que en mi sentir es bastante impropia, ya que entre ambos órdenes de actos existe una correlación tal, que bien puede aseverarse que ambos son eminentemente Activos.

Este tercer acto integrante de la noción de empresa de transporte, tiene su razón de ser en la necesaria interdependencia ya anotada, pues sin ésta, no existiría el fenómeno comercial —fundamento de existencia del contrato, y en principio del contrato mercantil— de la interposición. Es que, como bien lo afirma Asquini, el contrato de transporte es un opus que se agota o consume al mismo tiempo que se produce; por ello, la interposición o el fin de intermediación se presenta siempre que el empresario o porteador emplean su trabajo en beneficio de terceros. Evidentemente, y por su misma índole, no se puede cumplir el fin de intermediación, o lo que es lo mismo, la razón de ser de la comerciali-

dad del transporte, cuando éste se efectúa en interés del mismo que lo lleva a cabo y no del tercero contratante.

Cual es el fin de la intermediación?

Desde que se inició la sistematización del Derecho Mercantil en la época de los Fenicios —y aun desde antes— se ha reconocido siempre como uno de los principios rectores de tal Derecho, el del lucro, hasta el punto de que éste lo ha diferenciado de otras ramas del Derecho y lo ha caracterizado más específicamente.

Celeridad, seguridad y lucro es el trípede generalmente reconocido como fundamento del Derecho Mercantil.

De ahí que se entienda comúnmente como el objetivo de la intermediación el de especular para obtener una ganancia entre el precio de adquisición y el de enajenación del trabajo tanto del empresario como del porteador, ya que la posición esencialmente diversa que tienen ambos dentro del contrato se justifica mercantilmente —si se me permite la expresión— por la idéntica finalidad del lucro.

Claro está que esta diversa posición no se presenta cuando el porteador es el mismo empresario por virtud del fenómeno económico de la integración de la empresa.

De gran trascendencia juzgo mencionar aquí la moderna tendencia de la Escuela Italiana, encabezada por Scialoja en el sentido de eliminar el concepto de la ganancia, la idea del lucro, como uno de los basamentos del Derecho Mercantil. Mientras los más radicales de dicha Escuela sostienen la inaceptabilidad del concepto de lucro como específico de esta rama del Derecho, otros —los más moderados— creen que debe aminorarse tal concepto y aun eliminarse en algunos casos sin que por ello el acto o el contrato pierdan su carácter de comercial.

En este sentido el autor mencionado —Scialoja— afirma que la empresa debe producir un resultado económico útil socialmente, aunque no obtenga beneficios materiales el empresario, y por tanto deben considerarse mercantiles las empresas de transporte que no tengan fin de especulación y las cuales sólo traten de cubrir los gastos que ellas mismas demanden.

Es la primacía de la utilidad social, del interés general, sobre el particular.

Pido me sea permitida una corta digresión sobre el concepto de Scialoja a que acabo de aludir, pues considero que se trata de una cuestión que no sólo no carece de importancia sino que la tiene en grado sumo, y que es esencial desde el punto de vista de la doctrina y la filosofía del Derecho.

Juzgo que no hay una oposición necesaria entre los dos aspectos mencionados: el concepto de lucro como determinante de la legislación mercantil y de consiguiente de los contratos comerciales —entre ellos el que estudio— y la idea del interés social que debe predominar en la organización de algunas empresas, como la del transporte, con la consecuencia obligada de tal idea, cual es la de exclusión del lucro por virtud del servicio social que se presta.

Para mí la determinación de los dos conceptos —sin que exista la oposición entre ellos— radica en el sujeto del acto mercantil; ínterin el empresario particular puede ejecutar el acto objetivo de comercio que significa el transporte con un criterio exclusivamente comercial, vale decir, en función del lucro que reporta de su acto, el Estado puede también —y debe hacerlo— ejecutar ese mismo acto objetivo de comercio con un criterio de utilidad pública, esto es, con un concepto de aplicación del Derecho Público, en la noción administrativa del servicio en interés general, más que con el que es propio al Derecho Mercantil que no representa sino una rama privada del Derecho en general.

Claro es que cuando se trata de la ejecución por el Estado del contrato de transporte, la naturaleza mercantil de éste y quizás su propia objetividad desaparecen ante la aplicación al contrato de nociones propias del Derecho público.

En Colombia existe la clasificación de empresario particular y público de transporte, pero el último no responde al concepto de prestación de servicio por el Estado, como tendré oportunidad de observarlo.

Cabe mencionar que cualquiera sea la noción adoptada sobre lo que debe entenderse por “empresa” de transporte, ésta será siempre un organismo indivisible, y por lo tanto, bien se considere un acto activo o pasivo —en la acepción explicada—, que tienda a formar la empresa o a su desarrollo, dicho acto debe tenerse como comercial por virtud de la razón de ser de la objetividad del acto mercantil y conforme a lo estatuido por el artículo 20 de nuestro Código de Comercio. Como ya lo expliqué tales actos quedan bajo jurisdicción de la Ley mercantil aunque no sean comerciantes quienes los ejecutan o no tenga la calidad de tal cualquiera de las partes que en él intervienen.

Ya he adelantado el concepto de que no se precisa siempre la existencia de una empresa y de consiguiente de un empresario para que surja el transporte como acto mercantil; en virtud de la teoría de los actos subjetivos consagrada por nuestro Código de Comercio en el último inciso del artículo 21, puede muy bien presentarse la comercialidad

en el transporte aunque éste se realice por una sola persona y hasta aisladamente.

La disposición legal citada es del siguiente tenor: “Se presumen actos de comercio todas las obligaciones de los comerciantes”.

Por aplicación de ella cualquier contrato de transporte celebrado por un comerciante, es decir, por una persona natural o jurídica que aúne las exigencias referidas en el artículo 9º del Código de Comercio colombiano, cualquiera sea el otro o los otros contratantes —comerciantes o no, empresarios o no— será forzosamente un contrato mercantil al cual le es aplicable sin limitación alguna esta clase del Derecho. Ello no es más que la exteriorización de la tesis de la comerciabilidad del acto determinada por el sujeto que lo realiza.

Tal doctrina aceptada por nuestra legislación, como acaba de estudiarse, no es aceptada por distinguidos tratadistas y principalmente por los comercialistas argentinos, para quienes lo que nosotros entendemos como actos subjetivos de comercio son actos de comercio “por conexión”.

No obstante que en la legislación mercantil argentina existe un precepto tan claro o más que el nuestro, que acoge íntegramente la teoría de los actos subjetivos de comercio, algunos expositores de ese país niegan tal teoría y afirman que la disposición a que aludo consagra la comercialidad del contrato de transporte —aun cuando no sea ejecutado por una empresa— cuando se realiza “por conexión” con la actividad de un comerciante.

Para que se aprecie la razón de esta crítica me permito copiar la parte final del artículo 5º del Código de Comercio Argentino, que es la disposición a que me refiero y dice textualmente: “Los actos de los comerciantes se presumen actos de comercio, salvo la prueba en contrario”.

Es casi la misma fórmula legal colombiana, y en ambas legislaciones las presunciones consagradas son simplemente legales o puestas por el legislador para facilitar el desenvolvimiento jurídico, y en ningún caso de derecho, esto es, de las que no admiten prueba en contrario por obedecer a principios de causalidad necesarios.

El comentarista argentino tantas veces citado expresa con relación al copiado inciso del artículo 5º del Código de Comercio de su país: “Estos actos, algunos autores los han llamado “subjetivos”, pues sostienen que son mercantiles porque quienes los ejecutan son comerciantes (tesis consagrada por la legislación colombiana). No aceptamos, continúa el comentarista mencionado, y menos en el Derecho argen-

tino, la categoría de actos de comercio subjetivos, pues estos son tales: *por su conexión* o ligamen con el ejercicio de una profesión mercantil, facilitando la explotación de un determinado tráfico”.

Y para explicar el texto legal dice: “Es decir, que si un comerciante contrata el transporte de sus mercancías o de su propia persona —en el supuesto de que su viaje esté vinculado con su profesión—, el acto será comercial de acuerdo a la teoría de lo accesorio. Normalmente, todos los contratos de transporte que concluya un comerciante serán mercantiles, por tratarse esta de una operación auxiliar por excelencia del comercio, salvo raras excepciones. Estimamos de más decir que dichas operaciones quedarán siempre sujetas al Código de Comercio —artículo 7º—”.

Por lo dicho se comprende que la teoría argentina de los actos de comercio “por conexión” equivale a la teoría de los “actos subjetivos” de otros doctrinantes, acogida por el Derecho nacional.

En síntesis: cuál es el criterio para saber si el contrato de transporte es un convenio jurídico de carácter civil, o si más bien es de carácter comercial? Al tenor de lo establecido por la Ley Colombiana, podemos afirmar las siguientes conclusiones:

a) - Cuando el contrato de transporte es celebrado por quien legalmente tiene la calidad de comerciante, cualquiera sea la posición de éste en el contrato —remitente, porteador, consignatario, subporteador, comisionista de transporte, asentista, etc.— dicho contrato es un acto comercial subjetivo que cae bajo la jurisdicción mercantil.

b) - Cuando se trata de una “empresa” de transporte, estamos, por aplicación del numeral 7º del artículo 20 de nuestro Código de Comercio, ante un acto comercial objetivo que cae también bajo la jurisdicción mercantil que tiene este carácter.

c) - Si el caso a estudio es un contrato de transporte celebrado entre personas no comerciantes y que, además, no se ajusta en sus lineamientos generales a los principios del Derecho Mercantil, lo cual se deduce de la intención de los contratantes y de los términos del contrato, éste será netamente de carácter civil.

Es muy importante no olvidar el concepto ya expresado de que aun cuando el contrato sea para alguno de los celebrantes mercantil, en la hipótesis contemplada en el aparte a), y aun cuando caiga bajo la legislación comercial, bien por la calidad de uno de los contratantes o ya por la objetividad del convenio, ello no significa en ningún caso que para el otro contratante —en la primera hipótesis— tenga también el

carácter de mercantil, ni que —en las otras hipótesis— confiera él la calidad de comerciantes a quienes lo realizan.

Por lo que atañe a la habitualidad o profesionalidad, o al carácter accidental en quien realiza el contrato, tal punto de vista carece de influencia en la determinación de su naturaleza intrínseca. También quien apenas de una manera accidental u ocasional lo realiza, sin ser comerciante, pero siendo el contrato objetivamente comercial, se coloca bajo la jurisdicción mercantil (artículo 10 del Código de Comercio), sin que por ello pueda sostenerse que el contratante no comerciante pueda adquirir por esa circunstancia la calidad de tal.

Continuando el estudio que de la definición del transporte trae la Ley colombiana, debe observarse la expresión usada cuando dice que es un contrato, en virtud del cual uno “se obliga” por cierto precio. . . . He querido subrayar la expresión anotada porque ella hace una clara diferencia entre el transporte como acto de ejecución en desarrollo de un contrato y éste en sí mismo, situaciones jurídicas que son confundidas a menudo y que sin embargo son esencialmente diferentes, si hemos de atenernos a lo enseñado por la teoría alemana de la diferenciación entre los contratos como actos jurídicos puros y la ejecución de los mismos.

La diferenciación anotada es de trascendental consecuencia jurídica y no puede calificarse de sutil o artificiosa; para demostrar tal aseveración basta considerar las diversas obligaciones de las varias partes concurrentes a la formación del contrato antes de haberse dado principio a su desarrollo, o en el curso de éste: el cargador, por ejemplo, puede rescindir el contrato antes o después de empezado el viaje, mas las consecuencias legales son diversas según se haga en aquélla o en esta etapa.

Lo que esencialmente configura el contrato de transporte, como su nombre lo señala, es “transportar”, *conducir* de un lugar a otro “pasajeros o mercaderías ajenas”.

Etimológicamente transporte significa “acción y efecto de transportar” y esta última acepción viene del latín *transportare*, que quiere decir llevar una cosa de un paraje o lugar a otro”.

Nuestro Código de Comercio sólo habla de conducir “pasajeros o mercaderías ajenas”, lo que obedece a que únicamente eso es generalmente transportable por “tierra, lagos, canales o ríos navegables”, como reza el título en el cual se halla inserta la disposición legal a que aludo.

Pero además de pasajeros y de mercaderías —entendiéndose dentro de este vocablo toda clase de cosas— puede ser también objeto del contrato la conducción de noticias y de semovientes. De ahí por qué una de las divisiones generales del contrato se hace atendiendo a lo que es materia de la conducción, y desde este ángulo Vivante, Estasén y otros han considerado el transporte de cosas, el de noticias, el de pasajeros y el de semovientes.

En estas líneas sólo me refiero a la primera de las formas mencionadas: el contrato de transporte de cosas. Bien se comprende que por la naturaleza misma de lo que puede ser materia de conducción tienen que ser esencialmente diversas las normas reguladoras de cada una de las varias formas de contrato enunciadas.

Una segunda división general del contrato se hace atendiendo a la naturaleza de la ruta empleada, y por ello se considera el transporte inalámbrico, aéreo, terrestre, fluvial y mixto, según se emplee por el porteador los hilos inalámbricos, el aire, la tierra, el agua o varias de las mencionadas rutas a la vez o en un mismo viaje. La primera ruta es más propia de la conducción de noticias.

Para los fines del presente estudio de grado y dentro de la limitación del tiempo de que dispongo y de la modestia de mis escasas capacidades, sólo puedo ahora referirme al transporte terrestre, y ello para hacer ligeros comentarios a nuestra ley sobre el particular.

Por ello prescindiré de clasificaciones tan sencillas y en mi concepto —dentro de nuestro Derecho— sin importancia, como la traída por el profesor Pedro Estasén en sus “Instituciones de Derecho Mercantil”, tomo III, cuando expresa que “conviene saber que, según el tiempo que invierten los convoyes en recorrer la distancia que separa el punto de destino del de expedición, se dice que el transporte se efectúa a grande, mediana o pequeña velocidad. Los convoyes o trenes de gran velocidad corren en algunos países hasta 120 kilómetros por hora, siendo las paradas que hacen de muy poca duración, pudiendo así recorrer grandes distancias en pocas horas. La gran velocidad se aplica sólo al transporte de viajeros y al de mercancías delicadas o de muy escaso peso, puesto que de cargar muchas toneladas en un tren de carga o de gran velocidad, no podría recorrer la distancia reglamentaria en el tiempo que señala su itinerario”.

La definición legal colombiana se refiere a la conducción de pasajeros o mercaderías “ajenas”, pero esta última circunstancia no puede entenderse como esencial al contrato de transporte.

A primera vista parece absurdo el que pueda existir el contrato

cuando se conducen mercaderías propias del porteador, pues como así mismo no puede cobrarse el valor del flete, no ha existido con quién celebrar el contrato; más claro: es noción elemental del Derecho la de que todo contrato, cualquiera que él sea, exige la concurrencia de pluralidad de personas, ya que lógica y filosóficamente es un absurdo la existencia del contrato consigo mismo.

Pero es que la crítica que me he permitido formular a la inserción del vocablo “ajenas” en la definición que comento, tiene otro sentido: la norma corriente será —es claro— que la conducción de mercaderías ha de tener por objeto cosas ajenas; mas ello no se opone a la ocurrencia del transporte de mercaderías propias existiendo además un verdadero contrato de esa índole. Esta hipótesis es también de repetida frecuencia en la práctica. No considero conveniente, pues, el absolutismo de la definición legal, que ha dado margen para que algunos la interpreten haciendo la aplicación del calificativo “ajenas” a las cosas materia del transporte, como un elemento esencial para la configuración del contrato. Tal interpretación la juzgo evidentemente errónea.

Si Pedro está interesado en la adquisición de unas mercaderías de mi propiedad y me solicita que las lleve yo mismo a Bogotá, donde él está, pagándome la conducción de ellas, y yo acepto tal oferta sin que Pedro tenga ninguna obligación de tomar las mercaderías dichas, y verifico la conducción de ellas, es claro que he celebrado un contrato de transporte aun cuando los objetos porteados sean de mi propiedad.

Para mí el contrato tiene vida jurídica desde el momento en que dos personas acuerdan el transporte o acarreo de una mercancía, o de un pasajero, o de una noticia, o de un semoviente. Que si el objeto a transportar, cuando ello es susceptible, es de propiedad de un tercero o de uno cualquiera de los contratantes, no tiene interés alguno para la validez misma del contrato como figura jurídica; esto mismo puede aseverarse de las condiciones acordadas para el transporte, de la calidad del objeto a transportar, de la ruta a seguir, de la forma de pago y cuantía del porte, etc. etc. Todo ello, se repite, porque el contrato se configura desde que se acuerda la conducción. Esta opinión se halla corroborada por el concepto de varios tratadistas según acotaciones de Rivarola, Vivante y Josserand.

Finaliza la definición legal colombiana del transporte, diciendo que el transportador se obliga a entregar las mercaderías a la persona a quien vayan dirigidas. Esta constituye una de las obligaciones del porteador sobre la cual diré algunas palabras posteriormente.