

**Algunos aspectos de la
responsabilidad del
porteadoren el contrato
de transporte**

Por

Gustavo Bernal Restrepo

ALGUNOS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL
PORTEADOR EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE

PROEMIO

El presente Estudio es solamente un Capítulo, de los varios en que se dividirá el análisis completo del Contrato de Transporte, a la luz de la Legislación Colombiana.

Se trata de un Seminario hecho bajo la dirección del Doctor Carlos Palacio Calle, Profesor de Comercial General, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia y el cual será publicado in extenso, próximamente.



Es indudable que dentro de la compleja reglamentación del contrato que estudiamos, la parte más difícil a la vez que importante, es la que dice relación a los derechos y obligaciones —por el delicado juego de responsabilidades que ella entraña— del porteador, esto es, de quien se obliga a efectuar la conducción, sea ella de mercancías, correspondencia o pasajeros.

Por ello importa sobremanera la determinación exacta de la responsabilidad del porteador, en cada una de las diversas circunstancias contempladas en nuestra legislación, a la vez que un estudio serio sobre la conveniencia o inconveniencia de la citada legislación.

Desde cuándo empieza a ser responsable el porteador?. Siendo su principal obligación la de conducir, parece lógico que sólo cuando esta

empiece, aparezca la responsabilidad consiguiente. Esta tesis tiene su plena validez jurídica en aquellas legislaciones en que el transporte es un contrato Real, que implica por consiguiente, la entrega de la cosa para su perfeccionamiento; más en nuestro derecho positivo —ya lo hemos visto— el transporte es un contrato Consensual, como nos lo enseña claramente el art. 263 del C. de Co. y en consecuencia se reputa perfecto el contrato por el sólo consentimiento expreso o tácito de las partes.

Como todo contrato consensual, éste produce obligaciones desde su existencia, vale decir, desde su perfeccionamiento; por consiguiente, desde antes de empezar la conducción ya el porteador está obligado para con el cargador, o lo que es lo mismo, ya aquél es responsable para con éste por incumplimiento de su obligación. En qué consiste ésta?

De la obligación que el contrato impone al cargador, cual es la de entregar el objeto motivo de la conducción, lógicamente se deduce la primera obligación de quien va a cumplir esa conducción, que no puede ser otra sino la de recibir la misma cosa conducida. El art. 290 del C. de Co. dice textualmente:

“El porteador está obligado a recibir las mercaderías en el tiempo y lugar convenidos, a cargarlas según el uso de personas inteligentes, y a emprender y concluir el viaje en el plazo y por el camino que señale el contrato.

La violación de cualquiera de estos deberes somete al porteador a la responsabilidad de daños y perjuicios, a favor del cargador”.

Analizando el artículo transcrito, vemos que él impone al porteador diversas obligaciones con cuya trasgresión se hace responsable de daños y perjuicios para con la otra parte contratante: 1°. Recibir las mercaderías; 2°. El recibo de las mercaderías debe hacerse en el tiempo y lugar convenidos por los contratantes; 3°. Debe efectuar la conducción “según el uso de personas inteligentes”; 4°. Como corolario de la anterior obligación, tiene la de vigilar y custodiar los objetos durante la conducción (aquí se configura lo que para algunos tiene del contrato de Depósito, el que estudiamos); 5°. Tiene asimismo la obligación de emprender y concluir el viaje, debiendo efectuar dicha conducción en el plazo (relación de tiempo) y por el camino (relación de lugar) que señale el contrato y finalmente, tiene el porteador la obligación de entregar las mercaderías a la persona natural o jurídica a quien vayan dirigidas, la cual toma el nombre de Consignatario. Estudiemos por separado cada una de estas obligaciones que son otras tantas fuentes de responsabilidad.

1.° Acabamos de observar cómo la obligación que se le impone al porteador de recibir las mercaderías, es consecuencia de otra obligación correlativa en el cargador (la de entregar) y de la naturaleza propia de éste contrato; se requerirá un recibo material de las mercancías, es decir, la aprehensión directa de ellas por el porteador a fin de que este se haga responsable?. No tratándose de un contrato real y produciendo sólo la obligación de entregar por una parte y de recibir por la otra, no se requiere en forma alguna que dicho recibimiento se haga en forma directa, inmediata, mediante contacto de las partes contratantes.

Bien claro es a este respecto el inciso 2°. del art. 298 del C. de Co. que dice así: “Su responsabilidad (la del porteador) principia desde el momento en que las mercaderías quedan a su disposición o a la de sus dependientes...”.

De manera que el porteador empieza a ser responsable, a responder por los objetos a él confiados, desde el momento en que queden a su disposición o a la de sus dependientes, las mercaderías que va a conducir. Cuándo se produce este momento?

Es preciso distinguir: si existe carta de porte o carta guía debe mirarse lo que al respecto se disponga en ella; si esta no existe, o si existiendo nada dice sobre el particular, se precisa una subdistinción: si el contrato se ha ajustado con un empresario público de transportes o con empresarios particulares. En el primer caso, dicha obligación se cumple “en el primer viaje que emprenda al lugar a que fuere destinada (la mercadería)” al tenor del art. 291; debe observarse que ese primer viaje no está a la voluntad del porteador, puesto que tratándose de una empresa pública de conducciones, es forzoso la publicación de su itinerario en lo referente a los períodos, al precio, a las horas de salida y llegada y a las condiciones generales en que se cumple la obligación, debiendo ser por tanto, conocido del cargador el tiempo preciso en que debe llevarse a efecto el primer viaje en cumplimiento del contrato.

Más si nos encontramos en el segundo de los casos propuestos, es decir, cuando no existiendo carta de porte o existiendo esta, nada se ha dicho sobre el momento en que se entiende verificada la entrega por la disponibilidad de las mercancías con respecto al porteador y el contrato se ha ejecutado con un empresario particular, debemos atenernos a lo que, para el cumplimiento de las obligaciones nacidas de contratos consensuales, dispone el art. 1551 del C. C. Colombiano.

El contrato que estudio tiene una característica sui generis que es preciso anotar y que por consiguiente no se encuentra en ningún otro

contrato: es la de poder ser resuelto (el código usa, impropriamente, el término "rescindible"), después de perfeccionado el acto jurídico y antes de su completa realización de una manera unilateral por parte del cargador, remitente o consignante. Es claro que desde el momento en que la ley le está otorgando al cargador una opción para desistir por su sólo voluntad de la ejecución completa del contrato, no puede el porteador obligarlo a la entrega de las mercaderías; pues si ésta no se realiza, debe entenderse en aquél, la intención de aprovecharse de la opción consagrada por la ley.

Pero como no sería justo ni razonable que el cargador por su sólo voluntad pudiese disponer arbitrariamente sobre el cumplimiento o incumplimiento de prestaciones mutuas, nacidas de una manera en todo acorde con la ley, dispone esta que, si la resolución del contrato se verifica antes de empezar la conducción de las mercaderías, el consignante pagará al porteador la mitad del porte estipulado y si ella tiene efecto después de comenzado el viaje, debe pagarse el precio completo que se haya convenido por la realización del contrato.

Sin embargo, la tesis anotada tiene una variación consignada en nuestro C. de Co. Me refiero al caso previsto en el numeral 1º del art. 297, ya que sin haberse realizado la entrega por parte del cargador (lo que haría presumir el ánimo en este de resolver el contrato) puede el porteador cobrar el precio completo del porte, aunque no realice la conducción, siempre que justifique —de acuerdo con el numeral 2º del citado artículo— que no ha logrado conseguir carga diversa para el mismo lugar que se había fijado en el contrato.

En mi concepto la disposición consagrada en el art. 267 del C. de Co., constituye un absurdo, es un texto exótico dentro de nuestra legislación ya que no veo razón alguna que sirva para justificar el incumplimiento unilateral sin indemnización completa para quien tiene el derecho correlativo a la obligación que se incumple.

De grande importancia, por el cúmulo y diversidad de responsabilidades a que da origen, es no sólo el momento y las condiciones en que deba efectuarse la entrega, sino también el modo mismo, la manera como son entregadas las mercancías; su importancia radica en que, participando el contrato de transporte de las modalidades del depósito, el porteador está obligado para con el consignatario a entregarle exactamente las mismas mercancías que recibió del cargador en cuanto a calidad, cantidad, modo como le fueron entregadas para su conducción, manera de haberse empacado las mercancías, etc. De lo dicho nos ocu-

paremos cuando estudiemos la obligación de entregar, por parte del porteador.

No sobra indicar, cómo si el consignante tiene la facultad de resolver el contrato antes de empezar la conducción, no sucede lo propio con el porteador puesto que ella es precisamente su principal obligación y el incumplimiento de esta, daría al primero, no sólo el derecho de pedir la resolución del contrato con la consecuente abstención de pagar alguna cantidad del porte estipulado, sino además el poderle exigir la indemnización de todo daño y perjuicio que justificare haber sufrido. Como única excepción a esta tesis existe el caso fortuito (previsto en el art. 268 del C. de Co.) acaecido antes de empezar la conducción y que imposibilite al porteador para cumplirla, siempre que al caso fortuito no haya precedido un hecho o culpa de éste; ésta excepción es lógica y concordante con la regla general de que el caso fortuito en cuya producción no se tuvo ninguna participación, exonera de la obligación.

Y me he referido sólo a la resolución antes de empezar la conducción, porque ya veremos que, aunque en muy diversas circunstancias y en ningún caso por su mera voluntad como puede hacerlo el remitente, también el porteador goza de opción para la resolución del contrato que estudio.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, podemos enunciar la siguiente regla: el porteador no puede exigir del cargador la entrega de las mercaderías para su conducción por cuanto éste puede resolver unilateralmente el contrato más el consignante sí puede exigir del porteador que empiece la conducción de las mercaderías (con la sólo excepción prevista en el art. 268 del C. de Co.) como quiera que es ésta la obligación que configura el contrato de transporte.

Cómo puede compaginarse lo expuesto con la disposición categórica del art. 279 del Código ya citado, que impone al cargador la obligación de entregar las mercaderías y con la no menos del art. 281 que para corroborar la anterior, otorga al porteador la facultad de solicitar la rescisión (debería ser "resolución") del contrato o el derecho de exigir de aquél el aumento de costos que pueda ocasionarle el retardo en la entrega por parte de éste?

Más es que el art. 267 del mismo Código, constituye una excepción ilógica, injurídica, quizás absurda por romper un principio de general aceptación en todas las legislaciones conocidas, ya que está basado en deducciones de irrefutable raciocinio como es el de que donde exista acuerdo de voluntades para producir obligaciones mutuas, sólo pueden incumplirse éstas por el mismo acuerdo de las mismas voluntades.

2.º Establecido que la primera obligación del Porteador es la de recibir y que ella no implica una entrega material de la cosa, importa establecer con precisión dónde —relación de lugar— y cuándo —relación de tiempo— ha de llevarse a efecto el recibo.

Refiriéndonos al lugar donde deba verificarse el cumplimiento de la obligación de entregar por parte del remitente, y de recibir por parte del porteador, tenemos que atenernos a lo que diga la voluntad de los contratantes manifestada en el correspondiente documento (carta de porte, en éste caso); pero si en ésta nada se ha dicho, qué entender al respecto?

Debemos aseverar que en el caso propuesto se siguen las normas generales que sobre el cumplimiento de las obligaciones trae el Código Civil Colombiano, de modo que, como se trata en el contrato de transporte de la entrega de cuerpos ciertos, debe ella hacerse en el lugar donde existan éstos.

En cuanto al tiempo para cumplir la obligación que estudiamos, hemos de seguir como regla básica la misma que se sigue en la interpretación de toda clase de contratos, ya tantas veces mencionada: la voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente pero inequívocamente; la ley que no se haya dictado por razón de orden público y consiguientemente sea inderogable por la voluntad individual del hombre, sólo tiene por misión el llenar los vacíos que la espontánea contratación no ha previsto, viniendo en ayuda de los contratantes cuando éstos han guardado silencio, cualquiera que sea la causa o la razón de dicha mudez; por esto la ley tiene la calidad de supletoria ya que el legislador presume —con una presunción propia del hombre— lo que para determinados casos y en análogas circunstancias hubiesen expresado los demás hombres.

En el punto que estudio, la ley establece que, en caso de no ponerse de acuerdo los contratantes de una manera inequívoca sobre el momento preciso en que debe cumplirse esta obligación del contrato, se entiende que el recibo de la mercadería debe realizarse en el tiempo indispensable según las diversas circunstancias de lugar, modo y manera de cumplir la obligación. Es el plazo tácito del Código Civil para la ejecución de las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales y consensuales principalmente, plazo eminentemente variable según la modalidad de la obligación que se cumple y el cual está claramente establecido por el inciso 1.º del art. 1551 del Código Civil.

Todo lo dicho debe entenderse tal, si el contrato se ha celebrado con un empresario particular de transporte, pues si ha sido con un empre-

sario público de conducciones y no se ha fijado el tiempo de entrega en el indicado documento, ya hemos visto que se haya acondicionado por el primer viaje que emprenda el porteador, oportunidad que debe ser conocida del consignante en virtud de la publicidad del itinerario de la citada empresa.

3.º En este tercer numeral podemos encerrar las restantes obligaciones enumeradas con excepción de las que dicen relación a la entrega al consignatario de las mercaderías conducidas, porque el se concatena con el modo como debe cumplirse la natural obligación del contrato a que me estoy refiriendo: la de conducir. Trataré de estudiar con el detenimiento debido el aspecto propuesto, ya que me encuentro en la parte más empírica y casuista del Código, plagada de textos contradictorios y en veces absurdos bien por lo excesivamente gravoso que hace el contrato para una de las partes que en el intervienen, ora por la manera de estructuración de la prueba que deja a uno de los contratantes casi en absoluta imposibilidad para aportar la prueba que haga valederos sus derechos.

La obligación primordial del porteador —no sobra repetirlo— y sin la cual no existiría el contrato es la de verificar la conducción “según el uso de personas inteligentes”, lo que equivale a hacerlo responsable hasta de la culpa leve, realizando así el principio general consignado en el art. 1604 del Código Civil que hace responsable de la culpa leve a un contratante, cuando el contrato reporta provecho para ambos.

Más la obligación de conducir, implica forzosamente un período de tiempo más o menos largo, ya que es imposible la ejecución de la citada obligación de una manera instantánea, lo que determina para el porteador la obligación de cuidar, vigilar, controlar las mercancías durante todo el tiempo que dure la conducción. Esto determina de acuerdo con los principios generales y con los particulares de nuestra legislación positiva el que, el porteador en su calidad de vigilante, de custodio de lo que se le ha entregado para el consignatario sea un mero depositario del remitente y como tal obedezca a la ley del contrato de depósito.

De grande importancia es el hecho anotado porque constituye un nuevo factor de distinción de responsabilidad y sabido es que todo este contrato es un juego de responsabilidades donde todas las partes que en él intervienen —consignante, porteador, consignatario, asentista, comisionista de transporte, etc.— buscan la manera de exonerarse de su responsabilidad, localizando ésta, en veces por sólo hechos que pasan casi inadvertidos, en otras personas diferentes.

En lo que tiene de depósito el contrato que estudio, qué responsabilidad compete al porteador como depositario?

El Código Civil Colombiano establece que el Depósito propiamente dicho es gratuito, respondiendo el depositario únicamente de la culpa grave ya que este contrato reporta utilidad exclusivamente para el depositante más por el art. 2247 del mismo Código se permite la libre estipulación sobre la responsabilidad de las partes así como el pago de una remuneración al depositario, de donde deducimos la responsabilidad por parte del último hasta de la culpa leve, pudiendo llegar por la expresa voluntad de los contratantes a responder por la culpa levísima.

Dice así el citado artículo 2247: "Las partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa.

"A falta de estipulación responderá solamente de la culpa grave.

"Pero será responsable de la leve en los casos siguientes:

"1.º Si se ha ofrecido espontáneamente o ha pretendido se le prefiera a otra persona para depositario;

"2.º Si tiene algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración".

El numeral 2.º del texto transcrito es precisamente el aplicable al porteador dentro del contrato de transporte, puesto que tiene un interés pecuniario en el contrato principal, del cual es accesoria la obligación como depositario.

No podemos olvidar que el hecho de que dentro del contrato general de transporte, tenga una de las partes que en su celebración interviene —el porteador— y de un modo accesorio una responsabilidad como Depositario, no significa que los elementos constitutivos de éste contrato influyan de alguna manera en los del transporte para darle a éste su configuración jurídica propia, porque si ello fuera así, el transporte sería un contrato real como lo es el depósito y ya anotamos cómo —por declaración expresa de la ley— el transporte es un contrato esencialmente consensual.

Obedeciendo a la ley del depósito es como el porteador se hace responsable de las averías y pérdidas de todos o una parte de los objetos que conduce; pero antes de entrar en el análisis de esta clase de responsabilidad, veámos por cuestión de método, la que le incumbe en relación con la vía a seguir.

Podría parecer casuista esta forma de estudiar la responsabilidad, relacionándola con los diversos aspectos del contrato como si toda ella no fuera una sóla, derivada de una única fuente; pero me veo precisa-

do a hacerlo en la forma que dejo expuesta porque si bien la responsabilidad es una, tiene ella muy diversas y diferentes manifestaciones que es preciso analizar y porque nuestro Código de Comercio es en la regulación del contrato que estudio, demasiado casuista, reglamentario si se me permite la expresión, lleno de detallitos pequeños que hacen del transporte un verdadero juego de responsabilidades en donde por simples acciones —muchas veces demasiado pequeñas para advertirlas— puede uno de los contratantes eximirse en mayor o menor grado de la responsabilidad que le compete.

Ojalá, ahora cuando está funcionando la Comisión encargada de estudiar el Código —que es ya bastante anticuado en muchos aspectos— para introducirle las reformas que aconseje la época actual, inmensamente más compleja y desarrollada que aquélla en que se expidió, se hiciese más científico el contrato de transporte mediante principios generales, sin tanta profusión de detalles, volviéndolo más equitativo pues veremos cómo mientras algunas disposiciones permiten para el porteador un enriquecimiento sin causa alguna justificativa —como no sea ella la ley, lo que es absurdo— otras lo permiten para el consignante, siendo, en ambos casos, antijurídico e ilógico.

a). *Responsabilidad por la vía a seguir*: Para analizar la responsabilidad que compete al porteador en relación con la vía o el camino que debe emplear para cumplir la conducción, se precisan varias distinciones: Es claro que en determinados casos —por la índole de quien cumple la conducción— la vía se haya fijada de antemano, con anterioridad al contrato y de una manera unilateral, siendo lógico presumir que el consignante conoce esa vía y al celebrar el contrato sin hacer reparo alguno la acepta para la ejecución de la obligación respectiva. Desde éste punto de vista el consignante es "adherente" ya que "se adhiere" a lo establecido anteriormente por el otro contratante; así por ejemplo, si envió una mercancía para una ciudad donde llegan automóviles, ferrocarril y avión y utilizo para dicho envío la empresa automotora, se entiende —salvo estipulación— que la vía escogida por el consignante es la carretera por donde el porteador cumple regularmente la conducción.

Lo mismo sucede —y con mayor razón— cuando la vía se determina por la naturaleza de quien cumple la conducción. Es claro que no podría una empresa marítima, fluvial o aérea transportar mercaderías por tierra, pues si esto ocurriese, dejaría la empresa de ser porteador para convertirse en comisionista de transporte o asentista, según el caso.

Existe un tercer caso que se impone por el sólo sentido común: cuando únicamente haya una vía para el lugar donde deben ser entregadas las mercaderías; evidente que por ella es por donde debe llevarse a efecto la ejecución del contrato.

Finalmente, podemos señalar otra circunstancia en donde la vía se haya determinada unilateralmente, actuando el cargador como "adherente" en cuanto a esa determinación dentro de la estructuración general del contrato: me refiero a aquél que se celebra con un empresario público de transporte. En tal caso, la vía se ha hecho pública con antelación lo mismo que las condiciones de periodicidad, precio y tiempo, no pudiendo ser variada al dar cumplimiento a la obligación.

Pero, si no se trata de ninguno de los casos estudiados, qué vía debe emplear el porteador? En esto como en todo contrato, hay que cumplir las disposiciones del mismo; de tal modo que, si en la carta de porte o carta guía que es el título apto para justificar la existencia y condiciones del contrato, se ha determinado la vía que debe emplearse, se atenderá a lo que se exprese en dicho documento, sin que le sea permitido a quien verifica la conducción variar unilateralmente el camino, pues ello le acarrea la responsabilidad especial que paso a estudiar. Lo dicho se conforma plenamente con la norma general del art. 1602 del C. C., según el cual "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes".

Y si en el contrato no se ha fijado la vía y no se trata de ninguno de los casos expuestos?. Dice así el art. 292 del C. de Co.:

"Si la ruta no estuviere designada, el porteador podrá elegir, habiendo dos o más, la que mejor le acomode, con tal que la elegida se dirija vía recta al punto en que debe entregar las mercaderías".

Es evidente que el espíritu de esta disposición es el de favorecer al consignante, poniéndolo a salvo de demoras más o menos injustificadas; si ésto es así, estimo que no tiene precisamente el porteador la obligación de elegir el camino que "se dirija vía recta al punto en que debe entregarse las mercaderías" cuando por otra ruta diversa —aunque más larga en su extensión— puede cumplir la conducción (sea por la naturaleza del vehículo que utilice o por cualquiera otra causa) en el mismo tiempo y quizás en mejores condiciones de seguridad para las mercaderías, que por aquella que "se dirija vía recta al punto en que debe entregar las mercaderías".

Ya vimos que el porteador posee, respecto de las mercancías que conduce, la calidad de depositario; como tal, está obligado a conservar esas mercancías, es decir a entregarlas sin ningún deterioro. Si, si-

guiendo la disposición del art. 292 copiado, prevee el porteador que los objetos a él confiados pueden sufrir alguna avería o deterioro, lo que se evitaría empleando un camino más extenso, podría, desatendiendo la disposición aludida, escoger la vía más larga, con el consiguiente retardo en el tiempo de entregar las mercancías?.

El interrogante planteado tiene especial importancia, pues encontrándose el porteador con el mandato del art. 292, a la vez que con la obligación de conservar las mercancías, puede hallarse en la alternativa de saber cuál de las dos obligaciones tiene preferencia. Supongo éso sí, que la vía a seguir no se ha determinado en forma alguna para que pueda tener cabida el problema enunciado.

Para ser más claro, pondré un ejemplo: Pedro contrata con Juan (porteador) la conducción de unas mercaderías para entregarlas en determinada ciudad; no se ha estipulado nada sobre la vía a seguir. A dicha ciudad, confluyen una carretera (que es el camino más corto y recto, y un ferrocarril (que es una vía más larga y por consiguiente más dispendiosa).

Sucede que el tiempo de ejecución del contrato es un tiempo invernal y amenazan derrumbes en la carretera, peligro que no existe en la otra vía. Qué hacer?. Por qué ruta debe cumplir el porteador su obligación?.

Estimo que armonizando el interés de ambas partes, no puede tomarse la disposición contenida en el art. 292 del Código, de una manera absoluta, rígida, inflexible; porque, de ser así, se haría responder al porteador de averías que previó y quiso evitar, lo que resulta anti-jurídico e injusto. Y es que teniendo éste la libre elección de la vía por donde va a cumplir su obligación, con la sólo limitación del tiempo que pueda demorar en cumplirla, pues no otra cosa significa la expresión "con tal que la elegida se dirija vía recta al punto en que debe entregar las mercaderías"; cómo dissociar ésta obligación, con la no menos expresa, clara y terminante de conservar las mercaderías, respondiendo de su pérdida o avería?.

Y como no podemos olvidarnos de que se precisa siempre la armonización de los intereses de ambos contratantes, de tal modo que, si visto desde un ángulo unilateral —el que corresponde únicamente al porteador— cabe la interpretación que acabamos de dar, dicha interpretación hay que hacerla conformándola a los intereses del consignante o cargador que es la otra parte a que me he referido, en el contrato que vengo estudiando.

Porque indudablemente existirán casos en que se puede deducir

con la sólo vista de las cláusulas del contrato, o del modo como se celebró, o de las circunstancias que a su celebración antecedieron o bien por la naturaleza de las mercancías que se entregan para la conducción, que el factor tiempo juega papel decisivo en su ejecución, importándole al cargador la rapidez con que obre el porteador en el cumplimiento de su obligación, caso en el cual éste no puede exonerarse de afrontar el riesgo que ha previsto.

Lo expresado se funda en que por lo común en todo contrato bilateral existe un márgen de álea, de contingencia que se traduce en la posible ganancia o pérdida que reporta uno de los contratantes.

Ahora bien: si se deduce del estudio de la carta-guía o de la forma como fue celebrado el contrato por no existir esta, o de la naturaleza de los objetos conducidos que sufriendo el consignatario retardo en recibir dichos objetos, no se causa por ese hecho ningún perjuicio y en cambio sí se ha empleado un mayor coeficiente de seguridad en la conducción, es para mí evidente, que no se le puede exigir responsabilidad alguna al porteador, pretextando el no cumplimiento del mandato contenido en el art. 292 de nuestro Código de Comercio. Aceptar ésta hipótesis, sería propiciar un abuso del derecho que traería un enriquecimiento donde no hubo perjuicio económico alguno.

Aún más: llevada hasta sus últimas consecuencias la hipótesis enunciada, podríamos encontrarnos con que sin perjuicio alguno para el consignatario y habiéndole aprovechado económicamente el retardo del porteador (en el cual no tuvo ninguna intención dolosa, ni la menor imprevisión) tuviese aquél derecho de exigir mayor provecho alegando la inobservancia del citado art. 292; para que no se vaya a creer que estoy especulando sobre suposiciones tal vez irreales, pongo un ejemplo que nos hace ver con claridad la realidad y fácil aparición del caso propuesto: Se envían para determinada plaza unos sombreros que se venderán a \$ 20.00 cada uno; el porteador teniendo la facultad para escoger la vía, elige la más larga y dispendiosa (previendo una posible mayor demora por la ruta más corta), resultando un retardo de ocho días en el cumplimiento de su obligación de entregar al consignatario; como consecuencia de la demora en el recibo de los sombreros, éstos se han agotado en dicha plaza y el consignatario vende —por el hecho anotado— cada sombrero de la nueva remesa a \$ 30.00 cada uno. Tendrá derecho a exigir del porteador indemnización, cuando el retardo lo ha beneficiado y éste ha ocurrido sin culpa y sin intención dolosa de ninguna especie?

Otro motivo de responsabilidad para el porteador —en relación con

la vía a seguir— lo constituye la variación voluntaria que haga de ella, cuando se encuentra convenida. A este respecto dice el art. 293 del C. de Co. "La variación voluntaria de la ruta convenida hace responsable al porteador, tanto de la pérdida, faltas o averías, sea cual fuere la causa de que provengan, como de la multa que se hubiere estipulado".

Analizando la disposición copiada vemos que por ella se hace responder al porteador hasta del caso fortuito o de la fuerza mayor inclusive puesto que nó otra cosa significa la expresión "sea cual fuere la causa de que provengan". Se comprende fácilmente el por qué de la exigencia de que la ruta se haya convenido de una manera contractual (no puede en ninguna forma aplicarse éste artículo a los casos ya planteados en que la vía se halla unilateralmente determinada), ya que si ella es de la libre elección del porteador no es ésta disposición, sino la contenida en el art. 292 —ya estudiada— la pertinente para regular las relaciones de las partes contratantes.

A primera vista podría parecer quizás riguroso o demasiado rígido el texto que me ocupa, pero en mi concepto él se justifica plenamente pues la variación de la ruta ya señalada, variación que es hecha de una manera libre, voluntaria, sin que ninguna fuerza mayor u obstáculo más o menos difícil de superar haya compelido al porteador a verificar el cambio de ruta, importa por parte de éste una violación del contrato, un incumplimiento de una de las cláusulas del mismo, que en sana lógica jurídica debería otorgarle al cargador el derecho de resolverlo y exigir indemnización de perjuicios por su inobservancia.

Es éste artículo que comento la realización exacta de la excepción consagrada en el numeral 1.º, del art. 283 del mismo Código, ya que si el porteador no ha contribuido al advenimiento del caso fortuito, si ha existido un hecho voluntario suyo que le ha precedido.

Aún podemos señalar otro caso de opción para la elección de la vía por parte del porteador aunque ésta se encuentre convenida de una manera expresa en la cartaguía; más se trata ya, no de la variación espontánea que acabo de estudiar, sino de aquella que se hace por la sobrevinencia de un obstáculo de fuerza mayor ajeno por completo a su voluntad. Dice el art. 294 del Código que estudio: "Si después de comenzado el viaje sobreviniere un obstáculo de fuerza mayor, el porteador podrá rescindir el contrato, o continuar desde luego el viaje por otra ruta o por la designada después de removido el obstáculo.

"Elegida la rescisión, podrá depositar la carga en el lugar más próximo al de su destino, o retornarla al de su procedencia, y en uno y otro caso cobrará todo el porte estipulado.

“Si la ruta que tomare fuere más larga y dispendiosa que la designada, el porteador tendrá derecho a un aumento de porte; pero si continuare el viaje por la ruta convenida, después de allanado el obstáculo, no podrá exigir indemnización alguna por el retardo sufrido”.

Exige el texto copiado que se haya dado principio a la ejecución del contrato por parte del porteador, pues si la fuerza mayor acaeciere antes de empezarse la conducción nos encontraríamos con la situación de excepción contemplada en el art. 268.

No creo que se justifiquen las excepcionales ventajas que por esta disposición se le otorgan al porteador, ventajas aún más excepcionales que lo primeramente imaginado, si consideramos que cabe podemos decir que exclusivamente al porteador la estructuración de la prueba sobre el acaecimiento de la fuerza mayor, quedando casi absolutamente imposibilitado el cargador para aducir contra pruebas que desvirtúen el hecho alegado por el porteador.

Salta a la vista que la facultad otorgada al porteador para que escoja libremente sobre la rescisión (es más técnico hablar de “resolución”, más usaré el término “rescisión” por ser el del Código) o la ejecución del contrato, sin que cuente para nada la voluntad del otro contratante, puede reportar para el cargador un perjuicio proporcional al enriquecimiento del porteador; no se trata aquí de ese margen de contingencia, de álea de que ya hablé y que representa en todo contrato bilateral el posible resultado económico del mismo para las partes; la situación es bien distinta: se trata sencillamente del cumplimiento normal de obligaciones recíprocas en el curso del cual ha sobrevenido un caso fortuito que, de acuerdo con la norma general del derecho, debería libertar al obligado y darse por terminada la ejecución de la obligación. Así podría resultar para la parte contra quien obra el caso fortuito (cargador, remitente o consignante, en nuestro caso) menor perjuicio del que le puede acarrear la observancia retardada, y recargada por el costo de una vía más larga y dispendiosa si es elegida por el porteador, del contrato.

Se me argüirá que el cargador tiene —según el art. 267— la facultad de rescindir el contrato, por su sólo voluntad, en cualquier momento durante la ejecución de el y que por consiguiente en el caso de ocurrir el obstáculo de fuerza mayor previsto en el art. 294 del Código y que el porteador trate de cumplir su obligación por una vía más larga y dispendiosa con evidente perjuicio para el consignante, éste, en uso de la disposición mencionada, puede declarar resuelto el contrato.

En verdad que la objeción no carece de fuerza. Más como uno de los principios de interpretación legal prescribe el que las disposiciones de una misma ley deben ser entendidas en forma que ellas concuerden entre sí y resultaría absurdo que en un mismo texto legal, en un mismo capítulo y en regulación de una misma materia existiesen al mismo tiempo y con la misma operancia dos disposiciones que se contradicen la una a la otra, estimo que la única interpretación que cabe del art. 267 citado, es la de que su vigencia puede invocarse en cualquier momento con la sólo excepción del art. 294 que otorga al porteador amplia facultad para guiarse según su único criterio. En esta forma la objeción propuesta se desvanece.

El segundo inciso de la disposición últimamente transcrita consagra asimismo para el porteador una ventaja indebida ya que lo faculta para dejar la carga en el lugar en que se ha presentado el obstáculo (que desde luego será el más próximo al de su destino) lo que puede representar un claro perjuicio para el consignante, siendo lo más lógico que —como la fuerza mayor liberta de la obligación— si el cargador sufre perjuicios por el depósito que haga el porteador en un lugar diverso a aquél a que está destinada la carga, éste tenga la obligación de retornarla al lugar de su procedencia, sin que esa obligación exista en una forma opcional como lo expresa actualmente la ley. Es de observarse cómo, cuando el porteador rescinde el contrato sea que retorne la carga o que la deposite, tiene derecho a cobrar la totalidad del porte estipulado, lo que es conforme con la enunciación jurídica de que en los contratos bilaterales la fuerza mayor liberta a quien la sufre en el cumplimiento de su obligación, no a ambas partes.

Pero si ocurre el caso de fuerza mayor y el porteador deposita la carga en un lugar diverso al de su destino, usando de la facultad que le da la disposición que estudio, se comprende claramente que dicho depósito no puede hacerlo de cualquier manera, sino por el contrario, con las mayores seguridades posibles pues en su carácter de depositario quien conduce los objetos debe responder por su conservación hasta el momento de verificar la entrega “a contento del consignatario”. En este caso el consignatario sería el mismo consignante.

El tercer inciso del art. 294 de nuestro Código de Comercio, consagra otro anacronismo que no tiene razón de ser. Si la fuerza mayor liberta al obligado, si el porteador puede cobrar el recargo de porte cuando cumple su obligación por una ruta más larga y costosa que la fijada, si desde el momento en que ocurre la fuerza mayor el porteador queda libre de cumplir su obligación de conducir, conducción que verifica de

una manera voluntaria después de removido el obstáculo sin que nada jurídicamente lo obligue a ello. Qué razón existe para que no pueda cobrar un recargo justo en el valor del porte, por el retardo sufrido en espera de la remoción del obstáculo?. Estos son casitos particulares que regula el Código, detallitos en que la Comisión Reformadora debe fijarse para hacer una ley más técnica, sin dejar en unos casos desamparado al consignante y en otros imponiéndole al porteador obligaciones desde todo punto de vista excesivas.

b) *Responsabilidad por la Conservación de las Mercancías.* Dijimos antes que el hecho de la conducción entraña forzosamente un período de tiempo durante el cual el porteador tiene que vigilar, responder por la conservación de las mercancías; y dijimos antes también, que por este nuevo factor de responsabilidad es por lo que aquél posee el carácter de depositario de acuerdo con el Código Civil. Pero, si tendrá realmente el porteador el carácter de depositario?

Me atrevo a pensar que no, ya que me parece se ha confundido el ser depositario con el aplicársele las normas de tal; son dos situaciones bien diferentes: Existen en las instituciones jurídicas situaciones particulares en que a determinada persona natural o jurídica se le aplican determinadas normas de derecho sin que ello signifique que dicha persona sea de la calidad o especie jurídica de aquella cuyas normas le son aplicables. Ejemplos de ésta aseveración nos lo dan: el art. 2090 del C. C. que manda regir las sociedades civiles anónimas por las mismas reglas que las anónimas comerciales sin que por ésto aquéllas tomen el carácter de éstas; en el propio C. de Co. encontramos la disposición del art. 270 que hace obligatorias para "las personas que se obligan ocasionalmente a conducir pasajeros o mercaderías" todas las normas relacionadas con el contrato de transporte, sin que ello quiera decir que los actos efectuados por dichas personas sean comerciales para que caigan bajo la jurisdicción de ese Código, pues de acuerdo con el art. 10 del mismo, determinados actos aunque estén regidos por dicha ley, no tienen el carácter de comerciales.

Pues bien:Cuál es entonces, la situación jurídica del porteador en relación con el aspecto que pueda tener de depósito el contrato de transporte? Para mí resulta evidente que sin tener el porteador la calidad intrínseca de depositario, sin ser depositario, sí le son aplicables las reglas de tal.

En efecto, el art. 2244 del C. C. dice textualmente:"

"El depósito propiamente dicho es gratuito.

"Si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa, el depósito *degenera* en arrendamiento de servicio, y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve; pero bajo todo otro respecto, está sujeto a las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal". (he subrayado yo para que se observe la trascendencia del léxico empleado por el Código, que origina la deducción de las consecuencias a que me estoy refiriendo).

La disposición copiada dice claramente cómo sin ser depositario (por el sólo hecho de pactar una remuneración que es lo que pasa en el transporte) puesto que no existe dicho contrato sino otro muy diverso en su configuración y en sus consecuencias jurídicas —el de arrendamiento de servicio— si le son aplicables las normas del depositario a quien cuida de unas mercancías, cobrando por ello un determinado estipendio.

Armonizando el texto citado con las reglas pertinentes del C. de Co., se llega a la clara conclusión de que el porteador no es depositario, no tiene la condición de tal, más sí se le aplican las mismas reglas que le son aplicables a quien posea en el sentido jurídico de la palabra el carácter de depositario; y es que, cómo puede existir un depositario en el contrato de "arrendamiento de servicio"?

Por la parte final del artículo del Código Civil que estudio, es por lo que el porteador es responsable de las pérdidas y averías que puedan sufrir los objetos a él confiados, en la misma forma que lo fuera un depositario, lo cual significa que en el contrato comercial de transporte el porteador es responsable por pérdidas y averías en idéntica situación que en el contrato civil de depósito, lo es el depositario.

La tesis que sostengo es ampliamente corroborada por el art. 299 del Código de Comercio que dice, estableciendo las obligaciones del porteador: "Es asimismo obligado a la custodia y conservación de las mercaderías, en la misma forma que el depositario asalariado".

El uso de la expresión "en la misma forma" es bien significativo y está diciendo claramente que el legislador quiso equiparar al porteador con el depositario e imponerle al primero la misma responsabilidad que al segundo, a cada uno dentro de la esfera de su diversa situación jurídica, sin confundir el contenido jurídico del uno con el del otro.

Entrando de lleno en la responsabilidad que incumbe al porteador en relación con pérdidas y averías de las mercancías, ella no presenta mayores dificultades; en el primer caso —el de pérdida— el porteador

debe pagar el valor de ellas por el precio que tengan en el día y lugar en que debió verificarse la restitución, es decir, la entrega al consignatario.

Aquí hallo una clara diferenciación entre el depositario y el porteador, a la vez que un argumento más contra quienes sostienen la calidad de depositario en el porteador, ya que, si éste fuera depositario debería pagar en caso de pérdida y de acuerdo con las normas del depósito, el valor de los objetos según su precio en el momento en que se hizo el depósito y no en el momento en que debería verificarse la entrega del mismo.

Cuando ocurre no la pérdida sino el deterioro de las mercaderías, está obligado el porteador a pagar el valor del mismo, salvo que el deterioro sea de tal naturaleza que deja a las mercaderías inservibles para su consumo o venta, pues en este supuesto debe pagar al consignatario el valor íntegro del objeto perdido.

Existe otro caso especial en el aspecto que me ocupa y es cuando entre varias mercancías unas se averían hasta quedar inútiles para su uso y otras no; en tal evento es justa la disposición legal que obliga al consignatario a recibir los objetos ilesos siempre que por sí sólo puedan ser útiles, es decir, que no sean complemento de los objetos inservibles. No sobra advertir que los casos de responsabilidad que acabo de enumerar, sólo ocurren cuando por el hecho o la culpa del porteador se produce la pérdida o avería de la mercancía pues si la una o la otra son el resultado de la fuerza mayor, del caso fortuito o del vicio interno de la mercancía, la responsabilidad del porteador desaparece al tenor del art. 283 del C. de Co., con las excepciones allí establecidas.

c). *Responsabilidad General del Porteador*: A propósito de la fuerza mayor y del caso fortuito, cabe preguntar: hasta de qué culpa responde el porteador?. Cómo responde de ella?. A quién corresponde el "onus probandi" o carga de la prueba?. De qué manera se estructura ésta?.

Nos encontramos entonces con la parte menos técnica en la reglamentación de este contrato y sobre la cual, debería la comisión de reformas al Código de Comercio fijar su atención, para expedir una ley más general y comprensiva, a la vez que para coordinar textos del Código con otros posteriores que han venido a crear conflictos, a dar lugar a muy diversas interpretaciones por el vacío y la contradicción que ellos han suscitado.

El art. 306 del C. de Co. dice en su letra: "El porteador responde

de la culpa grave y leve, en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte.

"Se presume que la pérdida, avería o retardo, ocurren por culpa del porteador.

"Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo".

De acuerdo con un principio general del derecho en los contratos que reportan beneficio para ambos contratantes, éstos deben responder en el cumplimiento de sus obligaciones hasta de la culpa leve y sabido es que quien responde de ésta clase de culpa, responde asimismo de la grave, ya que ésta se encuentra incluida en aquélla; el contrato de transporte como bilateral, oneroso y conmutativo que es, significa beneficios para ambas partes y por ello la responsabilidad del porteador se extiende hasta la culpa leve en el cumplimiento de sus obligaciones de recibir, conducir, conservar y entregar los objetos a él confiados.

Se consagra por la disposición transcrita una presunción de culpa en el porteador en caso de pérdida o avería de la mercancía y de retardo en el cumplimiento de su obligación de entregar. De qué clase de presunción se trata?. Es evidente que no nos hallamos con una presunción de derecho porque el legislador no lo dice, porque el léxico en que está redactado el texto no lo deja entender y porque si bien no existe ningún motivo de orden público o de intervención estatal que justifique en este caso una presunción de tal índole, sí existe uno muy poderoso para demostrar la razón de ser de una presunción legal, en el caso que estudio: la desigualdad enorme de las partes en lo que a responsabilidad y a estructuración de la prueba se refiere.

Cuál, es en relación con la prueba la consecuencia natural y lógica de esta presunción?. Sencillamente por ella se echa la carga de la prueba, se le impone al porteador la obligación de probar su no culpabilidad en el suceso que ocasionó el retardo o produjo la avería o pérdida de la mercancía. De tal modo que, mientras aquél no aporte esa prueba, mientras no demuestre su ausencia de dolo y culpa en el hecho que produjo el daño reclamado, el Consignante o Consignatario —según el caso— puede por el sólo hecho del retardo o del perjuicio, reclamar la indemnización correspondiente fundándose en la negligencia o culpa del porteador.

Se justifica la existencia de la presunción que analizo?.

Para mí es clara la imperiosa necesidad de la existencia del texto anotado, por la notoria desigualdad existente en la posición de ambas partes dentro del contrato de transporte; si no conociésemos esta disposición, de acuerdo con la regla de que "quien afirma debe probar su aserto" al consignante tocaría demostrar la culpabilidad del porteador, lo que le es casi imposible ya que quien envía una mercancía está actuando en parte bien diferente de quien la conduce y por tanto de donde debió suceder la pérdida o avería de la misma.

Sin embargo de lo dicho, existe un problema de vasto contenido y alcance: me refiero a la cláusula limitativa de la responsabilidad. Debemos analizar en ella su incidencia con la disposición del art. 306 arriba copiado, tanto como su eficacia, sus consecuencias y su validez dentro del derecho positivo colombiano. Dice el art. 329 del C. C., en el capítulo relativo a los Empresarios *Públicos* de Conducciones:

"Los billetes impresos que entregan los empresarios con cláusulas limitativas de su responsabilidad a una determinada cantidad, no los eximen de indemnizar cumplidamente a los pasajeros y cargadores las pérdidas que justificaren haber sufrido".

Corroborando este mismo principio y lo establece en una forma más terminante, el art. 8º. de la ley 52 de 1919, que a la letra dice: "En los reglamentos, conocimientos de embarque o billetes que expidan los empresarios públicos de transportes no podrán hacer figurar cláusula alguna limitativa de sus deberes o de la responsabilidad que tienen según las leyes y aunque las hagan constar, no por eso quedarán exentos de indemnizar a los cargadores por las pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos".

Se ve clara una contradicción en lo referente a la prueba, al coordinar las tres disposiciones de que hablo; pues: si existe la presunción de culpa en el porteador, lo que quiere decir que él tiene la carga de la prueba, porqué se obliga al consignante a probar los perjuicios sufridos cuando éstos pasan de determinada cantidad?

Ante la contradicción anotada la jurisprudencia ha resuelto el problema de la única manera que es posible hacerlo, para que se concaten todas las disposiciones, sin excluir ninguna, pues si la ley 52 de 1919 es posterior y en consecuencia podrían algunos sostener que deroga la disposición contenida en el art. 306 del Código, la existencia de ésta es de una necesidad tal que su derogatoria sería causa de su mayor desequilibrio en la posición de los contratantes.

Ha dicho la jurisprudencia nacional que la presunción consagrada en el art. 306 sólo tiene validez en cuanto a la responsabilidad pecuniaria

establecida en la cláusula limitativa y de ahí en adelante entra a operar la disposición del art. 8º. de la ley 52 de 1919 que invierte la carga de la prueba.

Pongamos un ejemplo para entender mejor la interpretación jurisprudencial: Si con un empresario público de transportes se envía una carga por valor de veinte mil pesos y en la carta guía, recibo o conocimiento que otorga el empresario existe una cláusula expresando que la empresa sólo responde hasta por diez mil pesos y la carga entregada se pierde en su totalidad, se presume la culpabilidad del porteador y el consignante puede cobrarle por el sólo hecho de la pérdida sin necesidad de aportar otra prueba, la cantidad que figura en la cláusula limitativa de su responsabilidad (hasta diez mil pesos, en el caso propuesto), más en lo que los perjuicios excedan de lo expresado en la cláusula limitativa (los diez mil restantes, en el ejemplo anotado) toca al consignante la carga de la prueba.

d). *Cláusula Limitativa de la Responsabilidad*: Queda claro por lo ya expuesto que la cláusula limitativa de la responsabilidad que acostumbra en sus conocimientos varios empresarios públicos de transportes, no tiene valor alguno en nuestro derecho desde luego que por ella no se exime el porteador de indemnizar todos los perjuicios que el cargador justifique haber sufrido; el sólo y único efecto del texto que comento es el de invertir la carga de la prueba para aquello en que no está amparado el consignante por la presunción del art. 306 del Código de Comercio.

Se puede sostener la bondad de la inversión de la carga de la prueba, en éste caso concreto?

Se presenta aquí otro aspecto fundamental, en el cual se precisa una corrección que cambie por su base el sistema vigente, pues para mí es indudable que la existencia de los arts. 329 del C. de Co. y 8º. de la ley 52 de 1919, están creando para el porteador una situación de privilegio y de excepción que no tiene razón de ser, ya que deja al cargador casi en absoluta imposibilidad para conseguir la prueba que por las citadas disposiciones se le está exigiendo.

La situación de privilegio para el porteador se hace presente si consideramos la forma especial de estructuración de la prueba, por las modalidades peculiares inherentes a la naturaleza del contrato. Si el porteador alega el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad que excede a la cláusula limitativa, cómo puede el consignante contra probar la existencia del caso fortuito alegado, siendo que éste debió haber sucedido en un lugar que escapa al control de aquél?

Y en esta imposibilidad se halla no sólo cuando trata de exigir perjuicios que exceden a la limitación del porteador, sino aún aquéllos en los cuales está protegido por la presunción de culpa del art. 306. Por lo dicho, sería muy conveniente y necesario que la Comisión de Reformas al Código, estudiase la manera de dar al consignatario una más eficaz y mayor participación en la configuración del elemento probatorio ya que en el sistema vigente es únicamente al porteador a quien corresponde tan delicada misión y salta a la vista la inferioridad en que se encuentra el cargador para hacer valer sus legítimos derechos. En último análisis todo litigio se resuelve en los medios probatorios.

Por qué estudiamos la existencia de la cláusula limitativa en los empresarios públicos de conducciones y no en los particulares?. La razón es obvia y la constituye precisamente la diferencia entre las dos clases de empresarios: mientras se caracterizan los primeros por una acción demasiado directa del Estado sobre ellos; por la obligación de hacer públicas sus tarifas, sus itinerarios, sus condiciones de viaje, sus horas de salida y de llegada teniendo que ceñirse estrictamente a todo lo anunciado; por la terminante prohibición de hacerse ellos o hacer a cualesquiera personas de mejor condición que a otras y por consiguiendo otorgarles a aquellas mayores facilidades que a estas (como prelación en el transporte, mayor rapidez en el mismo, menores tarifas, mayor seguridad para la carga, etc. etc.), los segundos se distinguen por su autonomía para contratar pudiendo hacer a cualquiera de mejor condición que a otro y pudiendo pactar la responsabilidad que a bien tengan, en cada caso particular.

e). *Responsabilidad Especial*: Existe dentro de la Legislación Colombiana un caso particular de responsabilidad, consagrado en el art. 295 del C. de C., dicho texto dice:

“El porteador responde de la inobservancia de las leyes y reglamentos de hacienda, salubridad y seguridad públicas, tanto en el curso del viaje, como en su entrada al lugar del destino de las mercaderías”.

Esta disposición se encuentra complementada por el art. 296 del mismo Código, que estatuye: “Si la inobservancia hubiere sido formalmente ordenada por el cargador o consignatario, el porteador quedará exento de toda responsabilidad civil; pero tanto él como el cargador o consignatario serán castigados con arreglo a las leyes o reglamentos que hubieren violado”.

Se funda esta responsabilidad, en la obligación correlativa del cargador quien está impelido a suministrar al porteador todos los documentos necesarios a la libre circulación de la mercancía, siendo de car-

go de aquél los comisos, multas y, en general, todos los daños y perjuicios que sufre éste por la carencia de los citados documentos; de lo que antecede podemos deducir que la aplicación del último texto copiado sólo tiene lugar cuando el consignante ha cumplido su obligación de entregar los documentos referidos, pues si esta entrega no se ha efectuado el porteador es quien primera y únicamente responde ante la autoridad que sanciona la violación cometida, pero tiene derecho para resarcirse a su vez, cobrándole perjuicios al consignante por el incumplimiento de su obligación.

Prevé nuestra ley en relación con el aspecto que analizo, el caso de que la inobservancia o violación de la norma haya sido ordenada por el consignante, lo que da derecho al porteador para cobrarle los perjuicios sufridos ya que es exclusivamente este quien debe responder en primer término por la infracción cometida. En mi opinión, esta disposición consagra un absurdo y debe ser eliminada de todas maneras ya que está permitiendo que los particulares concerten por sí y ante sí la violación del derecho positivo, pues no otra cosa significa el art. 296 transcrito, que liberta al porteador de los perjuicios civiles por la transgresión del derecho que, aunque ordenada por otro, ha sido voluntaria y deliberadamente cometida.

Más se me dirá que la ley está libertando al porteador de la responsabilidad civil solamente y ni a éste ni al consignante lo liberta de la penal. Pero, es que está permitido la libre violación del derecho que siempre es uno, sólo porque este no es aquél que establece y sanciona los delitos sino el que “determina especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles”?

La documentación a que alude el artículo, se compone entre otros papeles de: la factura, el vise consular o salvo-conducto diplomático de la misma, el certificado de prioridad de cupos, en el orden internacional y de acuerdo con reglamentaciones más modernas, se exige también en el comercio internacional y para poder procederse a la nacionalización de la mercancía: el acreditamiento del pedido que se va a nacionalizar así como el permiso necesario concedido por la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones. En el campo nacional son obligatorios, entre otros documentos, las guías y conocimientos correspondientes para que no se pase la mercancía como contrabando.

f). Cabe ahora el estudio de dos casos particulares establecidos por el Código, de los cuales el primero ocurre cuando el Cargador contra-

ta no el envío de una mercancía, sino la traída de ésta "al domicilio del cargador" dice la Ley, pero me parece que no tiene que ser precisamente a dicho domicilio.

Tiene el aspecto propuesto una modalidad propia que conviene no pasar inadvertida y es la facultad que se le otorga al porteador para cobrar todo el porte estipulado, aunque no realice la conducción, siempre que justifique uno de los siguientes hechos:

"1°. Que el cargador, o su comisionista, no le ha entregado las mercaderías ofrecidas;

"2°. Que apesar de sus diligencias no ha conseguido otra carga para el lugar de su procedencia".

Si el numeral 1.º, se justifica plenamente por cuanto su existencia implica por parte del cargador un efectivo incumplimiento de su obligación de entregar, bien se haga dicha entrega por él mismo o su delegado (comisionista), no así el numeral 2.º, que implícitamente da al porteador la facultad para resolver unilateralmente el contrato.

En efecto: Entre consignante y porteador existe un contrato puro y simple, por el cual el último se compromete con el primero a traerle de determinado lugar cierta mercancía; ésta es su obligación pura y simple: Qué razón de principios o qué regla jurídica existe para sostener que la ejecución del contrato esté supeditada a la sólo voluntad de una de sus partes (el porteador) si éste —a pesar de sus diligencias— no logra conseguir carga para el lugar de su procedencia?

La excepción que esta regla constituye, choca con los basamentos generales del derecho y es otro motivo de desigualdad jurídica dentro del contrato de transporte, pues queda a la libre voluntad del porteador el cumplir una obligación que no está sujeta a ninguna modalidad, como es la de traer determinada mercancía por un precio también determinado. El aditamento de que se hayan hecho las diligencias necesarias para conseguir otra carga, puesto por la ley, no modifica en lo más mínimo nuestro razonamiento.

En mi parecer el último inciso del art. 297 del C. de Co. tampoco debiera existir como precepto legal, pues no encuentro su razón de ser, ya que lo importante es indagar si el contrato, siendo legal, se ha cumplido de buena fe y de acuerdo con sus cláusulas. Lo establecido por el citado inciso, es más lógico que se deje a la espontánea contratación.

Responsabilidad por Retardo: El segundo caso particular a que he hecho alusión, se refiere a la responsabilidad del porteador en relación

con la multa estipulada para el caso de retardo en la entrega de las mercaderías.

Existirá siempre la multa como indemnización del retardo?; o más claro: En caso de no existir convenio alguno y se produzca el retardo, habrá lugar a la multa?

A primera vista, parece el interrogante anterior, una pregunta tonta, sin resultado práctico de ningún interés; pero vamos a ver el anacronismo —en esta materia— de que adolece la ley y la importancia que encierra el interrogante planteado.

La multa como indemnización del retardo de que trata el art. 305 del C. de Co. es en su esencia una cláusula penal accesoria a la obligación de entregar en el tiempo oportuno, ya que su ejecución sólo puede exigirse por el cumplimiento retardado de la obligación y mientras este no se produzca, aquélla es inoperante.

Es este un caso en que la cláusula penal es legal, vale decir, establecida por la norma jurídica independientemente de la voluntad de los contratantes. En esta materia el Código de Comercio consagra principios opuestos a los contenidos en el Código Civil, pues mientras en aquél la exigencia de la cláusula penal es compatible con la exigibilidad de indemnización de perjuicios, además de ser legal —como acabo de explicarlo— en éste, ella es esencialmente convencional. —en ningún caso se hace operante por disposición de la sólo ley civil, sin el concurso de los contratantes— y es, salvo pacto expreso— incompatible en su exigibilidad con la indemnización de perjuicios (art. 1599 y 1600 del C. C.).

El art 305 del C. de Co. en su inciso segundo no deja lugar a dudas sobre la existencia legal —independiente del querer de las partes— de la cláusula penal por el mero hecho del retardo, con la excepción del caso fortuito o fuerza mayor. De modo que, si no se ha pactado en contrario y el porteador retarda culpable o inculpablemente —no tratándose de caso fortuito o fuerza mayor— la entrega de las mercaderías al Consignatario, éste o el Cargador pueden, acreditando únicamente el hecho del retardo, con prescindencia de cualquiera otra circunstancia, exigir la indemnización de que habla el inciso 2.º del citado art. 305, indemnización que es aparte de la que pueda corresponder por pérdidas, desfalcos, averías y perjuicios en general, al tenor del inciso último del citado texto.

En mi sentir es errado e inconveniente el establecimiento en forma imperativa legal de la cláusula penal, pues creo que las obligaciones accesorias que obran como medios coercitivos para dar un mayor mar-

gen de seguridad en la ejecución de los contratos, deben dejarse —como sucede en el Derecho Civil— a la iniciativa privada ya que el ordenamiento jurídico general se garantiza suficientemente con la acción que tiene el contratante para exigir indemnización de todos los perjuicios que se le hayan causado con el incumplimiento de la obligación correlativa a su derecho.

Además el implantamiento legal de la cláusula a que me refiero, puede fácilmente dar lugar a situaciones jurídicas en que por aplicarse la ley se contraviene la más elemental equidad, siendo así que el fin propio de aquélla es hacer que ésta se realice en la sociedad: Supongamos que por causa del retardo causado (sin la menor culpa del porteador) se hayan agotado con anterioridad las mercaderías entregadas y éstas se venden por ese hecho a un precio superior al esperado, produciéndole al consignatario una ganancia mayor de la que había previsto. Será justo que invocando el hecho del retardo —que le ha aprovechado y el cual se ha producido sin culpa alguna por parte del porteador— exija el consignatario o el consignante indemnización de quién sí ha podido sufrir un perjuicio claro por el retardo que él no quiso?

Sin embargo con un criterio literal sobre la aplicación de la ley, ello es posible ya que no otra cosa dice el texto legal, en su letra, que no en su espíritu.

Ya dije cómo al contrario de lo que sucede en el campo civil, en el comercial la exigencia de la cláusula penal no excluye la exigibilidad de la obligación y de toda clase de perjuicios que el demandante acredite haber sufrido (inciso 3º, art. 305, C. de Co.).

No está por demás señalar —para evitar el que se nos diga que estamos confundiendo el concepto de cláusula penal— la única diferencia, no sustancial sino meramente accidental y carente de toda importancia, que advertimos en los textos legales que he venido comparando —el civil y el comercial— tal como ellos están concebidos, con absoluta prescindencia de los pactos sobre el particular, ya que se trata de una materia que admite la más amplia libertad de contratación individual.

Ateniéndonos sólo a los textos legales, observamos que en la ley civil la cláusula penal existe “para asegurar el cumplimiento de una obligación”, no de una parte de la obligación principal como sí existe en la ley comercial, ya que la oportunidad —factor tiempo exclusivamente— de la entrega, es apenas una parte y un aspecto de la obligación principal —entregar las mercaderías sanas y salvas, después de haber cumplido la conducción y la vigilancia de las mismas— y no precisamente toda la obligación misma.

La diferenciación que acabo de hacer es demasiado sutil y sin ninguna trascendencia ni efectos prácticos, pues los contratantes poseen plena libertad, así en el campo civil como en el comercial, para pactar la cláusula penal bien en relación con la obligación a que ella accede, bien haciendo referencia únicamente a uno de los aspectos como ha de ser cumplida la obligación principal.

En todo caso —en mi opinión— no es campo propicio para la norma jurídica el entrar a establecer multas o cláusulas penales por la incompleta o indebido cumplimiento de la obligación; ella debe limitarse a garantizar la indemnización de los perjuicios, que la parte acredite haber sufrido.