

EL CONTRATO DE TRANSPORTE

Dr. Francisco de Paula Restrepo Gutiérrez

(CONTINUACION)

Denominación jurídica de las partes que intervienen en el contrato

Porteador es la persona que contrae la obligación de conducir las cosas objeto del contrato. También se le denomina acarreador o conductor, y, modernamente, transportador o transportista. El porteador, que puede ser como las otras partes una persona natural o jurídica, viene a ser quien realiza el acto material de la conducción y es el lazo de unión entre los dos extremos del contrato: Cargador y consignatario. Para el código, "el que hace la conducción por agua toma el nombre de patrón o barquero" (32). La expresión "Patrón" usada por el legislador es un tanto impropia, y quizás se deba a la confusión que hacen varios autores entre el contrato de transporte y el de trabajo.

La responsabilidad del transportista es uno de los problemas más intrincados que encontramos en el estudio del transporte. Aquí radica verdaderamente lo más fundamental del contrato.

Cargador, remitente, consignante, cliente o expedidor es la per-

(32) C. D. C. T. Art. 259.

sona que por cuenta suya o ajena, encarga la conducción. Lo normal es que el cargador sea una persona diferente del consignatario, pero no es raro el caso de que el remitente sea a la vez consignatario, como ocurriría en el caso de que A encargara a B la conducción de unas mercaderías, para ser entregadas al propio A en un lugar determinado. En esta hipótesis, en una sola persona, A, se reúnen dos partes de por sí diferentes: el cargador y el consignatario. El hecho de que una persona reúna en sí las calidades de consignante y consignatario, no involucra las nociones de remitente y destinatario. De tal manera que pueden ejercerse independientemente y con toda libertad los derechos emanados de cada una de dichas calidades, es decir, si una persona es cargador y consignatario, tendrá los derechos y deberes de remitente cuando actúa como tal, y los deberes y derechos de consignatario cuando obra en esta última condición. Cuando el cargador y el destinatario son personas diferentes intervienen en el transporte, a diferencia de casi todos los demás contratos, tres partes diferentes en el transporte de cosas: remitente, porteador y consignatario.

Destinatario o consignatario es la persona a quien se dirigen las cosas objeto del transporte.

El consignatario está en la última etapa del contrato en el transporte de cosas; es el último eslabón de la cadena, en el sentido de que una vez que el cargador le entregue las cosas, el transporte ha cumplido su último fin, el contrato se agota.

Hay que tener en cuenta que si en el transporte de cosas intervienen dos o tres partes según lo expuesto, el de personas se efectúa solo entre porteador y pasajero o viajero, dando lugar al denominado "Viaje".

En el transporte de personas y cuando se trata de desplazar enfermos o menores de edad si podría aparecer una especie de destinatario, caso esté no previsto actualmente en la ley colombiana pero que el proyecto sí contempla al manifestar: "El transportador que se obligue a conducir enfermos, menores de edad o dementes, deberá prestar a estos los cuidados ordinarios que exija su estado o condición y que estén dentro de sus posibilidades normales, y responderá de los perjuicios que se les causen por falta de esos cuidados, y, en todo caso, de los que las personas enfermas o dementes que se conduzcan ocasionen a los demás pasajeros o cosas que se transporten. La responsabilidad y demás obligaciones inherentes al contrato, respecto de dichos enfermos, menores o dementes, no cesarán mientras tales personas no sean confiadas a las personas o entidades que

hayan de hacerse cargo de ellos, según las instrucciones dadas al transportador. (33).

Naturaleza jurídica del transporte

Incuestionablemente el transporte tiene características peculiares, elementos estructurales propios que lo diferencian perfectamente de las demás convenciones y que le dan derecho a figurar como una noción autónoma, con individualidad jurídica propia, dentro de la concepción de los contratos. El transporte no se confunde con ningún otro contrato, ni es tampoco una mera yuxtaposición de elementos tipificadores de otras figuras contractuales.

Pero en este particular, como en otras muchas cuestiones del derecho, no ha existido una opinión unánime. En verdad, ciertos autores han pretendido confundir el transporte con el mandato, el depósito, el arrendamiento de cosas, el contrato de trabajo y el arrendamiento de obra. Otros han pensado que el transporte es una combinación de locación de obra y locación de servicios, o bien, una mezcla de locación de obra, depósito y locación de cosas.

El solo hecho de la reglamentación especialísima que tiene el transporte en las diferentes legislaciones, podría ser suficiente argumento para aseverar que éste es un contrato autónomo, con naturaleza propia y sometido a normas singulares. Pero como el transporte ha sido involucrado con otros entes jurídicos, es conveniente y necesario establecer, así sea grossomodo, sus diferencias esenciales con los demás contratos, especialmente con aquellos que más afinidad y semejanza tienen con el mismo.

Diferencias con el mandato

Se ha querido identificar el transporte con el mandato, afirmándose que el porteador es un representante del remitente o consignatario, porque existe el encargo de conducir. En el mandato, se dice, el mandatario es un representante del mandante y tiene un encargo que lo ejecuta por cuenta del mandante. Naturalmente que la anterior asimilación solo sería procedente en el transporte de cosas, más no en el de personas, lo que de por sí resta eficacia a esta posición.

En primer término, no es exacto sostener que el mandatario es un representante del mandante. Representación y mandato, como

(33) Proyecto de Código de Comercio. Art. 826.

tendremos oportunidad de estudiar, son nociones jurídicas diferentes que, en un caso dado pueden coexistir, pero no confundirse.

Entre el transporte y el mandato existen trascendentales diferencias, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

a)—Esta primera distinción dice relación al objeto mismo de los contratos. Según el c. c. el mandato “es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que, se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”. (34).

El C. D. C. T. al regular el mandato comercial, define este contrato como aquel por medio del cual “una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra, que se obliga a administrarlos gratuitamente, o mediante una retribución, y dar cuenta de su desempeño” (35). El C. C. Italiano expresa que el “mandato es el contrato por el cual una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta de otra”. (36). El objeto del mandato consiste entonces en la ejecución de uno o más actos jurídicos, como atinadamente dice el código italiano, que el mandatario hace por cuenta del mandante. El transporte tiene por objeto, en cambio, un acto material; la verificación de la conducción de pasajeros o cosas de un punto a otro. Si el transporte fuera un mandato, el porteador como mandatario del pasajero, expedidor o consignatario, celebraría por cuenta del mandante determinados actos jurídicos, puesto que esta es la finalidad del mandato. Sin embargo, esto no ocurre en el transporte; precisamente porque éste es en sí mismo un hecho material de desplazamiento, situación totalmente diferente a la del mandato.

b)—Las causales de terminación del transporte y del mandato son diferentes.

c)—El mandato, aún en el campo mercantil, puede ser gratuito. (37). El transporte es eminentemente oneroso.

d)—El mandato es más bien un contrato “intuitu personae” en el sentido de que muerto el mandante o el mandatario, termina el mandato. (38). Pero es conveniente tener en cuenta que en materia comercial, la comisión que es una especie de mandato “no se acaba por la muerte del comitente; sus herederos podrán, sin embargo, revocarla a su arbitrio” (39). En el transporte la consideración de las

(34) C. C. Art. 2142.

(35) C. D. C. T. Art. 331

(36) C. C. Italiano. Art. 1.703.

(37) C. D. C. T. Art. 331.

(38) C. C. Art. 2189.

(39) C. D. C. T. Art. 339

partes no tiene mayor importancia, ya que “las obligaciones que impone este contrato no se extinguen por la muerte de los contratantes, y sus herederos deberán llevarlo a cumplido efecto”. (40). Al pasajero, por ejemplo, poco le interesa la consideración de la persona del transportista, lo importante es que lo conduzcan sano y salvo al lugar de destino, sea quien fuere el porteador.

e)—El mandato puede ser civil o comercial. El transporte es siempre un contrato mercantil, como se verá.

También se ha querido equiparar el transporte al mandato, por el hecho de que en ambos contratos se consagra el derecho de retención a favor del porteador y del mandatario respectivamente. (41). Pero tan peregrina tesis no requiere mayor análisis. Con similar razonamiento el arrendamiento, el depósito, el mandato, el transporte y el mismo comodato serían un mismo contrato, puesto que en todos ellos existe el derecho de retención. La prenda tácita o derecho de retención es la aplicación de un principio general a determinados casos expresamente previstos por la ley. Se presenta cuando dos personas son recíprocamente deudoras una de otra, y una de ellas o ambas retienen su prestación para constreñir a la otra parte al cumplimiento, no para extinguir el crédito como sucede cuando opera la compensación.

Diferencias con el depósito

Asimismo se ha pretendido ver en el transporte un auténtico contrato de depósito. Al efecto se ha comprado la posición del depositario con la del porteador. Se ha dicho que, como tanto el depositario como el transportista están obligados a conservar y custodiar las cosas que les son entregadas, estos contratos se identifican, y, por ende, deben estar sometidos a una misma reglamentación. El código chileno y el colombiano adhieren, al menos en parte, a este criterio. Para el primero el transporte participa de la naturaleza del arrendamiento de servicios y del depósito. (42). Para el segundo “el transporte participa del arrendamiento de obra o de empresa y del depósito”. (43).

No obstante podemos observar que la obligación de custodiar en general, es común a muchos contratos. Existe igualmente en el a-

(40) C. D. C. T. Art. 269.

(41) Ley 73 de 1935. Art. 8. C. D. C. T. Art. 388 C. C. Art. 2188.

(42) C. D. C. Chileno Art. 167.

(43) C. D. C. T. Art. 264.

rendamiento de cosas y en el comodato. Sin embargo nunca se ha sostenido que el depósito, el arrendamiento de cosas y el comodato son convenciones que se identifican, que participan de una misma naturaleza. Por otra parte, entre el depósito y el transporte existen diferencias tan protuberantes como las que a continuación vamos a enumerar.

a)—En el depósito, el depositario asume una conducta estática, se reduce a conservar y a guardar las cosas que se le han confiado. En el transporte, por el contrario, el porteador desempeña un papel activo, absolutamente dinámico, como es la conducción de personas o cosas de un paraje a otro. Esta obligación no existe en el depósito, pues éste no es como el transporte, un contrato de mutación.

b)—El depósito es un contrato de libre discusión. El transporte es un contrato por adhesión, o más propiamente, “dirigido”.

c)—En el depósito intervienen solo dos personas, depositante y depositario. En el transporte de cosas, generalmente, se hacen presentes tres personas naturales o jurídicas, el consignante, el porteador y el destinatario.

d)—La responsabilidad en uno y otro contrato está estructurada sobre bases completamente distintas.

e)—Desde el punto de vista de su importancia económica, el transporte es un contrato de mayor trascendencia.

f)—El transporte de pasajeros versa sobre personas. El depósito sobre cosas.

g)—De acuerdo con la concepción actual, el transporte debe prestarse por medio de empresas. El depósito no.

No sería lógico diferenciar los contratos analizados, afirmándose que desde el punto de vista de su perfeccionamiento, el transporte es consensual y el depósito real como piensa nuestra ley civil. Prescindiendo de todo razonamiento teórico al respecto y teniendo en cuenta únicamente el derecho positivo del país, si bien es cierto que el depósito es real en materia civil, en comercial es un contrato consensual. Por esto dispone el código de comercio que “el depósito mercantil se constituye en la misma forma que la comisión”, y ésta se perfecciona “por los mismos modos que el mandato civil” (44). El encargo que es objeto del mandato civil puede a su vez hacerse “por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente, o de cualquier otro medio inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra”; el mandato “se reputa

(44) C. D. C. T. Art. 940 y 338.

perfecto por la aceptación del mandatario”. (45). Desde un plano exclusivamente teórico tampoco podría establecerse la distinción en cuestión, porque como dijimos con anterioridad, la concepción de los contratos reales es modernamente rechazada.

Tampoco sería jurídico establecer diferencias entre estos contratos, basados en que el transporte es oneroso y el depósito gratuito, porque si en principio en materia civil el depósito es gratuito, en mercantil el depositario “tiene derecho a exigir una retribución por sus servicios”. (46).

Otros han pensado que el transporte se inicia o continúa con un depósito. Mientras las cosas que se van a trasladar no están en movimiento, esto es, mientras no exista conducción, hay un contrato de depósito. Cuando ya ha comenzado la mutación y durante el tiempo que los objetos se estén desplazando existe un transporte. Esta opinión, además de que solo considera el transporte de cosas, es insostenible porque según ella si los objetos están en poder del transportador pero no ha comenzado el viaje habría depósito, iniciada la conducción existiría un transporte, pero una mera estación de las cosas durante el recorrido mutaría nuevamente el transporte en depósito; cuestión absolutamente artificiosa. Por otra parte, ya vimos que la naturaleza de tales contratos es diversa, y las diferencias establecidas al efecto son suficientes para demostrar que el transporte no es un depósito.

Diferencias con el arrendamiento de cosas

Por medio del arrendamiento de cosas una parte, el arrendador, se obliga a conceder a la otra parte, el arrendatario, el goce de una cosa, mediante el pago de una prestación llamada pensión de arrendamiento y que si se paga periódicamente recibe el nombre de renta.

Para quienes involucran el transporte con el arrendamiento de cosas, el pasajero, remitente o consignatario pasarían a ocupar la posición de arrendatarios, el porteador vendría a ser el arrendador. Esta equivalencia que repugna a primera vista, es todavía menos aceptable si tenemos en cuenta las distinciones siguientes:

a)—En el arrendamiento de cosas, el arrendador está obligado a entregar al arrendatario la cosa arrendada. En el transporte sería inconcebible pensar que el transportista estuviera obligado a entregar

(45) C. C. Arts. 2149 y 2150

(46) C. D. C. T. Art. 942.

al pasajero, cargador o destinatario, los vehículos destinados al transporte.

b)—El arrendatario es responsable en principio de los daños y pérdidas que sobrevengan mientras esté gozando de la cosa arrendada. El pasajero, remitente o destinatario como nada reciben, los medios de conducción permanecen siempre en poder del porteador, ninguna obligación contraen por este aspecto.

c)—El arrendatario debe restituir la cosa que se le ha dado en arrendamiento a la terminación del mismo. En el transporte no existe esta obligación.

d)—El arrendatario está obligado a hacer por su cuenta las reparaciones locativas o "corrientes" como expresa el código Soviético (art. 161). En el transporte esto no se presenta, puesto que las cosas no salen del poder del transportista.

e)—El problema de las mejoras realizadas por el arrendatario, tampoco se da en el transporte.

f)—El transporte de cosas recae siempre sobre bienes muebles, los inmuebles no pueden mudarse de un sitio a otro. El arrendamiento puede tener por objeto bienes muebles o inmuebles, siendo esto último de ordinaria frecuencia.

Otras muchas disimilitudes se podrían establecer entre el arrendamiento de cosas y el transporte, pero las expuestas son tan evidentes y fundamentales que, en realidad, nos demuestran de una manera plena que se trata de contratos diferentes. Cualquiera identificación entre ellos no es más que aparente.

Diferencias con el arrendamiento de obra

En virtud del arrendamiento de obra una parte, el locador, se obliga por cierto precio para con la otra, el locatario, a la ejecución de una obra material.

Habíamos dicho que para ciertos autores, entre ellos Gierke, el transporte y el arrendamiento de obra se confunden (47). Se ha querido asimilar la obligación que tiene el locador de realizar una obra mediante un precio determinado, con la que contrae el porteador de desplazar de un lugar a otro pasajeros o cosas. Pero semejante identificación tampoco es factible, dadas las divergencias que tienen estos contratos, entre las cuales resaltan por su importancia las siguientes:

(47) Julius Von Gierke. Derecho Comercial y de Navegación. Vol. II, pág. 156. Traducción de Juan M. Semon, Buenos Aires, 1957.

a)—En el arrendamiento de obra una persona, llamada locador o arrendador, se obliga a la confección de una obra por cierto precio. En el transporte el porteador se obliga por determinada contraprestación, a conducir de un sitio a otro pasajeros o cosas, obligación completamente diferente a la del locador. Lo anterior se debe exactamente a que el transporte es un contrato de mutación, característica extraña al arrendamiento de obra.

b)—El arrendamiento de obra se termina por la muerte del artífice, la consideración del locador juega papel especial. Aunque el transporte impone la obligación de conducir, quien se ha obligado a trasladar personas o mercancías, es decir, el porteador, "puede bajo su responsabilidad encargar la conducción a un tercero..." (48) Además, los herederos de los contratantes en el transporte deben llevarlo a cumplido efecto.

c)—El transporte de personas versa sobre pasajeros. El arrendamiento de obra sobre cosas.

d)—En el arrendamiento de obra intervienen dos partes. En el transporte de cosas generalmente tres.

Diferencias con el Contrato de Trabajo

A pesar de que la expresión contrato de trabajo no ha sido admitida por muchos civilistas que prefieren más bien, como lo hace Planiol, hablar de arrendamiento de trabajo, los más destacados autores de derecho laboral atacando con razón esta última expresión optan por la primera. Ciertamente, la locución arrendamiento de trabajo es impropia y absurda, porque toma el trabajo humano como una simple mercadería. Esto estaba bien entre los Romanos, ya que la esclavitud los obligaba a considerar el trabajo humano como una mera mercadería. Con las reivindicaciones sociales conseguidas por el derecho, sobre todo en los últimos tiempos, la expresión arrendamiento de trabajo resulta obsoleta y repugnante. Lo que pasa es que, también al contrato de trabajo se le ha pretendido confundir como ha pasado con el transporte, con el arrendamiento. El contrato de trabajo y el transporte son nociones contractuales autónomas, de naturaleza especial y sujetos cada uno a regulaciones legales peculiares.

En doctrina el contrato de trabajo puede definirse como "aquel contrato mediante el cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un patrono, bajo su dependencia y mediante una remuneración".

(48) C. D. C. T. Art. 265. P. C. C. D. C. Art.

ción" (49). El código Sustantivo del Trabajo que rige en Colombia lo define como "un contrato por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración". (50).

El contrato de trabajo y el transporte se distinguen por varios aspectos, a saber:

a)—El trabajador se obliga a la prestación de un servicio personal, esto es, prestado por sí mismo. Por esto el contrato de trabajo es de naturaleza personal y termina con la muerte del trabajador. El transportista se obliga a hacer la conducción, pero no a realizarla personalmente y por esto puede bajo su responsabilidad encomendar el desplazamiento a un tercero.

b)—En el contrato de trabajo el asalariado se encuentra bajo la dependencia o subordinación de un patrono. Subordinación que aunque generalmente económica es sobre todo jurídica. Por medio de ella queda el trabajador sometido a las instrucciones y órdenes de su patrono, apareciendo, por lo tanto, una diferencia de jerarquías. Este es el elemento que, en último término, distingue el contrato de trabajo de los otros contratos. El porteador no se encuentra subordinado en el sentido anotado ni al pasajero, ni al expedidor o consignatario.

c)—El contrato de trabajo forzosamente plantea el problema de las prestaciones sociales a favor del trabajador, cuestión que no sucede en el transporte.

d)—Del contrato de trabajo se ocupa un derecho especial el derecho del trabajo. Asimismo, el transporte está reglamentado por otro derecho especial, el comercial. El derecho del trabajo y el comercial como regulaciones especiales, actúan en esferas jurídicas distintas y obedecen a ciertas directrices específicas e inconfundibles.

Las diferencias trascendentales entre el transporte y los contratos que mayor similitud guardan con él y a las cuales nos acabamos de referir, son fundamento para colegir que el transporte, por su importancia económica y jurídica, por la manera de configurarse, por su particular regulación legal, y, en síntesis porque posee características propias, debe considerarse como un contrato independiente y con naturaleza autónoma. Esta es, por otra parte, la tendencia hoy dominante basada en la realidad misma de esta noción jurídica.

(49) Rafael Caldera Derecho del Trabajo. Tomo I, 2ª edición, Pág. 267.

(50) C. S. D. T. Art. 22.

El C. D. C. T. expresa que "el transporte participa del arrendamiento de obra o de empresa y del depósito" (51). Las consideraciones que hemos hecho, nos prueban de una manera por demás nítida, que la mencionada disposición no tiene justificación alguna. El transporte es un contrato diferente del arrendamiento y del depósito. Con razón se suprime en el proyecto este artículo de nuestro actual C. D. C. T.

Carácter comercial del transporte

El transporte marítimo ha sido considerado por todas las legislaciones y la doctrina como un contrato típicamente comercial. Sobre este punto no ha existido polémica de ninguna naturaleza. Lo mismo ha sucedido con el transporte aéreo, cuyo carácter comercial es indisputable.

En relación con el transporte terrestre ciertos autores, pocos por cierto, y algunas legislaciones como la española, aceptan la dicotomía entre el transporte terrestre civil y el transporte terrestre comercial. El código español en su artículo 349, dice: "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.

Sin embargo, el criterio anterior está en decadencia. La tendencia moderna pretende declarar la comercialidad absoluta del transporte por tierra, que es prácticamente el único cuya mercantilización se pone en tela de juicio. Sobre esta materia adherimos a las palabras de Asquini, para quien "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".

Entre nosotros, como tendremos oportunidad de estudiar más adelante, el transporte se realiza por medio de empresas, lo cual constituye para nuestra legislación, un acto de comercio. Son "actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de

(51) C. D. C. T. Art. 264.

ellos... 7º Las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables". (52). El código enumera en el artículo 20 como actos de comercio algunas empresas, las cuales propiamente hablando no son un acto, sino un concepto económico-jurídico, que ha invadido totalmente la esfera del derecho comercial contemporáneo.

El empresario por regla general realiza su actividad profesionalmente, y al realizarla, viene a colocarse en una situación especial en relación con el que no es empresario. Esa situación, apunta Mes-sineo, "hace que el empresario entre a formar parte de una categoría profesional determinada que le da al empresario un status especial". Por esto se ha dicho, que las personas en general se deben tratar de igual manera, el empresario, en cambio, debe tener su estatus personal, el cual unas veces coloca al empresario en una posición de privilegio, y otras veces lo regula con mayor rigor que el que debe existir para la persona en general. Por eso, el empresario tiene, en las diferentes legislaciones, sus leyes o normas especiales.

La empresa no es en sí misma un acto de comercio, no. Ella implica una actividad económica organizada y no una mera repetición de actos, porque supone la coordinación de los mismos, esto es, exige, entre otros elementos, una organización y también una finalidad particular. De allí que se haya sostenido que el concepto de empresa lleva implícito el de organización para la ejecución de diversos actos concatenados en orden a un fin.

Otro elemento esencial de la empresa, tal como se le concibe hoy, es el riesgo profesional, en virtud del cual el empresario está sometido a las posibles pérdidas de su actividad, así como también tiene naturalmente, la perspectiva de las utilidades. Donde no hay riesgo, se dice, no hay empresa, sino actividad de mera administración.

La empresa supone, pues, una organización. Sus actos están según manifiesta Mossa, "organizados, y como tales, se distinguen de todos los actos similares aislados. De allí que los defensores de la teoría del derecho comercial como el derecho de las empresas, sostienen que la diversidad de contenido económico y de estructura jurídica entre actos organizados, o actos de empresa, y los que no lo son, aconseja que los primeros sean regulados por el derecho comercial y los segundos por las normas del derecho común... El derecho moderno está encaminado seguramente hacia el reconocimiento de la empresa como entidad en sí, separable de la personalidad de su

(52) C. D. C. T. Art. 20.

titular. Se trata entonces de que el derecho comercial sea el que lleve las exigencias y necesidades de las empresas. El derecho civil, colmaría las necesidades del hombre aislado, el comercial las necesidades y exigencias de la vida de las empresas. El derecho comercial, ha sido y será el ordenador de las organizaciones comerciales. Hoy la organización comercial es la empresa y las razones del derecho comercial se identifican con la propia vida de éste". Los actos aislados, no realizados por las empresas, se acamparían en las márgenes del derecho comercial.

La concepción del derecho comercial como el derecho de las empresas ha sido criticada por algunos, porque excluye del ámbito del derecho comercial los actos de comercio realizados no por medio de empresas, sino de una manera aislada. Se ha dicho que con tal concepción se limita el contenido del derecho mercantil a la actividad habitual de la empresa como símbolo de la profesionalidad del comerciante. Pero, como veremos, es realmente cierto que el criterio de la empresa, aunque desconoce los actos aislados de comercio para determinar la calidad del comerciante, es mucho más seguro que el criterio imperante entre nosotros. Aquí ha radicado, a nuestro juicio, el éxito logrado por la teoría de la empresa.

El Código de Comercio no define la empresa, el proyecto siguiendo en esto criterios recientes, la define como una "actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración y custodia de bienes, y para la prestación de servicios". (53).

Claro que la empresa como actividad económica organizada, requiere bienes corporales o incorporales para su desarrollo. Precisamente esos bienes que el empresario necesita para el desarrollo de su actividad, es lo que ha sido denominado establecimiento de comercio, fondos de comercio, hacienda mercantil, casa de comercio o negociación mercantil.

Los establecimientos de comercio corresponden a una moderna noción dentro del derecho comercial actual, cuya estructuración y sistematización aún no se ha logrado de una manera perfecta por la doctrina jurídico-mercantil. Pero la existencia de estas instituciones dentro del estado actual del desarrollo económico de los diferentes países, es un hecho que no admite discusión como una auténtica realidad social.

El establecimiento de comercio comprende una variedad de elementos heterogéneos, pero que por su destinación a un fin especial

(53) Proyecto de Código de Comercio. Art. 29.

se conciben como una unidad. El establecimiento comprende un conjunto de bienes materiales o tangibles y otro conjunto de bienes inmateriales o intangibles. Los elementos materiales pueden ser percibidos por los sentidos y tienen un ser real, qui tangi possunt dirían los romanos; los elementos intangibles del establecimiento consisten en derechos, que no pueden ser percibidos por los sentidos y que no tienen un ser real.

Como elementos inmateriales del establecimiento, se han enumerado: El derecho al arrendamiento del local que ocupa el establecimiento, el derecho a la clientela, el nombre comercial, las marcas de fábrica, las patentes de invención, las concesiones, los dibujos, diseños, modelos y al Good Will o aviamiento, elemento éste bastante complejo y que ha sido definido por una Jurisprudencia Italiana como: "La perspectiva de beneficios futuros fundada sobre el conjunto de los elementos materiales o inmateriales que integran la hacienda". En el título correspondiente a los establecimientos de comercio, haremos un estudio a fondo sobre tan interesante tema.

Las empresas de transporte en Colombia son, pues, de carácter comercial, y mercantiles serán todos los transportes que ellas realicen, sin que influya por esto el objeto a que el cargador destine las cosas porteadas. El transporte verificado por empresas será siempre comercial. Tan comercial es entonces el transporte de los muebles de una casa, como la conducción de mercaderías destinadas al comercio.

A pesar de que el transporte no se realizara en Colombia por medio de empresas, sería siempre regido por las normas del código de comercio, puesto que las disposiciones que éste trae sobre el transporte terrestre, "son obligatorias a las personas que se obligan ocasionalmente a conducir pasajeros o mercaderías". (54). Es decir, aunque el transporte no se preste por medio de empresas, sino de manera aislada, opera la legislación mercantil. Además, la polémica en Colombia sobre si el transporte es civil o mercantil está fuera de lugar si tenemos en cuenta que el propio C. C. al hablar del transporte, expresa: "Las reglas anteriores 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". (55). Como el transporte está regulado por el código de comercio, serán estas normas, como especiales que son, las aplicables al caso.

(54) C. D. C. T. Art. 270.

(55) C. C. Art. 2078.

Transportes sucesivos

Primer caso: El pasajero o cargador celebra el contrato de transporte con un determinado porteador, pero éste hace ejecutar el transporte, total o parcialmente, por otro u otros porteadores, que en tal hipótesis reciben el nombre de subporteadores o porteadores subsiguientes. En este caso aunque el pasajero o remitente ha contratado la conducción con un determinado transportista, éste puede encomendar el transporte a un tercero, total o parcialmente, porque el porteador, como vimos, se obliga a realizar la conducción de pasajeros o cosas mas no a efectuar personalmente el desplazamiento. Por esto dice el C. D. C. T. que "Aunque el transporte imponga la obligación de hacer, el que se obliga a conducir personas o mercaderías puede, bajo su responsabilidad, encargar la conducción a un tercero". (56). Y el proyecto, reproduciendo en el fondo el contenido de la disposición anterior, expresa: "El transportador podrá encargar a terceros la conducción contratada, en todo o en parte, pero bajo su responsabilidad y sin que por ello se entiendan modificadas las condiciones del contrato celebrado con el remitente o con el pasajero". (57).

Como ejemplo de este primer caso (frecuente cuando es menester emplear rutas diferentes, o cuando se trata de largas distancias) de transporte sucesivo podríamos dar el siguiente: A encarga a B la conducción de unas mercaderías a Bogotá. B, sin intervención alguna de A, encomienda a C el transporte de las mercaderías en referencia. A sería el cargador, B el porteador inicial y C el subporteador o porteador subsiguiente. Es de advertir que algunos autores no hablan de subporteador o porteador subsiguiente sino de Co-porteador, pero esta última expresión no resulta adecuada, pues se trata aquí de transportes sucesivos e independientes, no simultáneos ni solidarios en cuanto a la responsabilidad de los transportistas entre sí.

Existen en esa hipótesis dos contratos de transporte autónomos el uno del otro. Uno entre el cargador A y el porteador B. Otro entre el transportista B y el subporteador C. No obstante la interposición del subporteador C, la relación jurídica entre el remitente A y el porteador B en nada se modifica. B será siempre responsable como transportista ante A. Este, como remitente, se entiende directa y exclusivamente con B. Para el cargador es irrelevante la existencia del subporteador C. El contrato realizado entre B y C es, respec-

(56) C. D. C. T. Art. 265.

(57) Proyecto de Código de Comercio. Tomo I, Artículo 807.

to de A, un contrato entre ellos, res inter alios acta. Una convención en la cual no tomó parte alguna, y, que por ende, no lo obliga.

Qué relación existe entre B y C? Aunque el código colombiano no resuelve expresamente esta situación, la solución es obvia: entre B y C se ha celebrado un contrato de transporte. B toma entonces el carácter de cargador frente a C, quien respecto de B es realmente el porteador. Parece que en este aspecto al legislador colombiano se le olvidó copiar, como frecuentemente lo hace, el Código chileno, que en el artículo correspondiente expresa: "En este caso quien primitivamente ha tomado sobre sí la obligación de conducir, conserva su carácter de porteador respecto del cargador con quien ha tratado, y toma el carácter de cargador respecto del que efectivamente haga la conducción de las personas o mercaderías".

Si en el ejemplo propuesto anteriormente la mercadería se pierde o deteriora, A tendrá acción contra B, no contra C. B la tendrá contra C. Si a B no se le paga el porte, éste tendrá acción contra A. Si a C no se le cubre el flete tendrá acción contra B, pero no contra A, extraño al contrato realizado entre B y C.

Para concluir los comentarios en torno a este primer caso, podemos decir con GIERKE que "se trata de porteadores de un transporte parcial, que actúan en calidad de personas de que otros se sirven para el cumplimiento de su obligación. También se les llama subporteadores. El cargador celebra un contrato de transporte con un porteador, el cual a su vez contrata a otro (u otros), para el cumplimiento de su obligación. Este último no tiene ninguna relación contractual con el remitente". (58).

Segundo caso: El cargador o pasajero celebra varios contratos de transporte con varios porteadores. Entre éstos no surge ninguna relación o vínculo contractual. El remitente o pasajero se entiende directamente con cada uno de los diferentes transportadores, puesto que en realidad se trata de varios porteadores independientes.

Ejemplo: Celebro con A un contrato de transporte con el fin de que me conduzca unas mercaderías a Bogotá. Posteriormente realizo con B un contrato de transporte para que me desplace las prementadas mercaderías de Bogotá a Cúcuta.

Este caso no ofrece, en verdad, problema jurídico de ninguna naturaleza.

Cada uno de los transportistas responde separadamente en cuan-

(58) Julius Von Gierke, Derecho Comercial y de la Navegación. Vol. II. Pág. 166. Traducción de Juan M. Semon. Buenos Aires, 1957.

to a la conducción de las mercaderías. Así, A responde del transporte hasta Bogotá y B responde de Bogotá a Cúcuta.

En el caso que se analiza, el cargador ha celebrado varios contratos de transporte: uno con A, otro con B.

Transporte acumulativo o combinado

El transporte acumulativo o combinado como se le llama en algunas legislaciones tales como la mejicana, se da cuando la conducción de los pasajeros o las cosas deba efectuarse en virtud de un contrato único de transporte por varios transportadores, unos a continuación de otros. Entre los diferentes transportistas hay un nexo jurídico con el fin de realizar un solo contrato de transporte, en cuya ejecución intervienen de una manera sucesiva. En el transporte combinado, afirma Messineo en su manual de derecho civil y comercial, "las cosas (o personas) para llegar al lugar deseado, deben ser transportadas, desplazadas, a través de varias líneas explotadas por varios transportadores. En este caso el cargador o pasajero en lugar de realizar tantos contratos cuantos sean los transportadores sucesivos, celebra un mero contrato, un contrato único, con varios transportadores". El transporte acumulativo es un negocio plurilateral en donde el pasajero o consignante tiene, como veremos, la ventaja de la responsabilidad solidaria de los diferentes porteadores sucesivos.

Ejemplo: Los porteadores A, B y C se obligan a conducirme unas mercancías a Barranquilla. En la práctica las relacionadas empresas podrían funcionar así: La empresa A presta sus servicios hasta Caucasia; la empresa B de Caucasia a Sincelejo y la empresa C de Sincelejo a Barranquilla.

Lo que distingue esencialmente el transporte acumulativo es que la parte transportadora se compone de varios porteadores obligados todos a realizar la conducción. El remitente o pasajero contrata con varios porteadores en un contrato único. Los transportadores que van a efectuar la conducción en diversos recorridos forman una sola parte, la parte obligada (obligación fin) a verificar la conducción. Cada uno de los transportistas responde, no en la extensión de su recorrido, sino por el cumplimiento integral del contrato. Ni A, ni B, ni C, son, en el ejemplo dado, ajenos a la convención y como partes responden solidariamente por la ejecución del transporte pactado. Cada porteador subsiguiente continúa el transporte, "convirtiéndose en parte contratante, frente al cargador (o pasajero), no solo respecto de su trayecto parcial sino de la totalidad del mismo. Se crea así

una obligación solidaria. Cada uno de los porteadores responde independientemente tanto al remitente (o pasajero) como al destinatario, por los daños surgidos en la totalidad del trayecto". (59). El acarreador subsiguiente es, al decir de Malagarriga, "como un alter ego del anterior por la conveniencia de que todos los acarreadores sean un solo contratante y tengan una responsabilidad solidaria con los demás interesados".

Naturalmente que la solidaridad existe solo en cuanto a las relaciones de los diferentes transportistas frente al pasajero o expedidor; porque en cuanto a las relaciones internas de los porteadores entre sí debe regir, como expresa Messineo al analizar el artículo 1.700 del C. C. italiano, "el derecho de repetición en favor de aquel que sea llamado a responder por hecho no propio contra los otros, singular o acumulativamente. En tales relaciones internas, queda exonerado de responsabilidad aquel que pruebe que el daño no se ha verificado en el propio recorrido; responde íntegramente el porteador en cuyo recorrido se haya producido el hecho dañoso; o responden, proporcionalmente, aquellos porteadores en cuyos recorridos se haya producido el hecho dañoso".

Para efectos de las relaciones internas de los transportistas entre sí, y en cuanto a la responsabilidad que para ellos pueda surgir, sería conveniente estatuir entre nosotros algunas normas al respecto. En Italia, por ejemplo, se establece que: "Los porteadores sucesivos tienen derecho a hacer declarar, en la carta de porte o en documento separado, el estado de las cosas a transportar en el momento en que les son entregadas. En defecto de declaración, se presume que las han recibido en buen estado y conforme a la carta de porte". (60). La presunción que consagra esta disposición es, desde luego, simplemente de carácter legal, *Juris tantum*. También está adoptada en Italia una norma según la cual, "el último porteador representa a los porteadores anteriores para el cobro de los respectivos créditos que nazcan del contrato de transporte y para el ejercicio del privilegio sobre las cosas transportadas. Si omite tal cobro o el ejercicio del privilegio, es responsable frente a los porteadores anteriores por las sumas debidas a ellos, salvo la acción contra el destinatario". (61). El privilegio a que hace alusión el artículo transcrito, dice relación a los créditos dependientes del contrato de transporte y

(59) Julius Von Gierke. Derecho Comercial y de la navegación. Vol. II. Pág. 168. Traducción de Juan M. Semon. Buenos Aires, 1957.
(60) Código Civil Italiano. Art. 1.701.
(61) Código Civil Italiano. Art. 1.702.

a los créditos por los gastos impuestos anticipados por el porteador, y que tienen privilegio sobre las cosas transportadas mientras éstas permanecen en su poder.

Para Ripert el elemento que tipifica el transporte acumulativo es "el hecho de que el transporte se presta o efectúa sucesivamente por varios transportadores". (62). La tesis de Ripert a nuestro modo de ver es incompleta, porque en el transporte combinado también es requisito necesario, *conditio sine qua non*, que entre el pasajero o remitente y los diversos porteadores se celebre un solo contrato de transporte. Además, la sucesión de transportistas (elemento tipificador del transporte combinado para Ripert) se presenta igualmente en el primer caso de transporte sucesivo comentado con anterioridad, situación completamente diferente a la del transporte acumulativo.

Debe presumirse que quien contrata con una empresa de conducciones, si ésta se vale de otras empresas de transporte para efectuar la conducción (de cosas o personas), celebra un transporte acumulativo, si entre las diferentes empresas tienen establecido de común acuerdo horarios, itinerarios, etc., para prestar un servicio combinado. Existe entonces un contrato único de transporte, en el que las diferentes empresas responden solidariamente.

Al transporte combinado se le han dado las siguientes soluciones:

1^ª—Responde el primer transportista frente al pasajero o cargador, sin que el transportador inicial pueda descargar su responsabilidad en los porteadores subsiguientes. Esta solución está bien en el primer caso del transporte sucesivo, pero no en la hipótesis del transporte acumulativo, porque en éste todos los acarreadores son partes contratantes que responden solidariamente por la ejecución del contrato.

2^ª—Cada porteador responde únicamente dentro de su recorrido, esto es, dentro del curso del transporte que deba realizar. Sólo responde de sus actos y no de los de sus sucesores o antecesores. Esta tesis no tiene tampoco un repaldo jurídico efectivo. Todo los transportistas, vimos, deben responder en forma solidaria, no divisible, por la realización integral del transporte acumulativo.

3^ª—De acuerdo con la primera opinión, quien responde es el último porteador. Para la jurisprudencia francesa, que a veces ha

(62) Georges Ripert. Derecho Comercial. Vol. IV. Pág. 150.

dado aplicación a este criterio pero de una manera atenuada en el transporte de cosas, el último transportador es responsable solo cuando hay averías aparentes, porque en tal caso habría debido rehusar al transporte; en los demás casos, quien recibe la mercancía, debe probar que el último transportista las ha recibido en buen estado, y, que por lo tanto, la pérdida o la avería provienen de su culpa. La ley de vías de comunicación Mejicana manifiesta en su fracción II que: "Cuando en el transporte intervengan varias empresas que hagan servicio combinado, el último porteador está obligado a entregar la carga, conforme a la carta de porte expedida por el primero, en las condiciones y con las responsabilidades que fija esta ley, quedando a salvo su derecho contra la empresa en cuya línea haya ocurrido algún hecho u omisión de que responda el último porteador".

4^o—Responden solidariamente el primero y el último transportador. Los porteadores del recorrido intermedio no responden solidariamente. Esta tesis también es desechable porque los transportistas intermedios son tan partes en el contrato, como lo son el primero y el último transportador. Los acarreadores intermedios no son ajenos al contrato, y, como partes, deben responder solidariamente por el cumplimiento del transporte. En el convenio de Varosvia se dispuso que cuando "se trata de equipajes o de mercaderías el remitente podrá proceder contra el primer transportista y el destinatario tendrá derecho de exigir la entrega al último, y tanto el uno como el otro, podrán, además, proceder contra el transportista que haya efectuado el transporte durante el curso en el cual haya ocurrido la destrucción, la pérdida, avería o retardo. Esos transportistas serán responsables solidariamente ante el remitente y el destinatario". (63). El C. D. C. T. vigente en nuestro país no trae ninguna norma sobre este particular, pero en armonía con el proyecto de Código de Comercio: "Cuando varios transportadores intervengan sucesivamente en la ejecución de un mismo contrato de transporte se observarán las siguientes reglas: 1^o—El primero y el último transportadores serán solidariamente responsables, respecto del remitente y del destinatario, del cumplimiento del contrato en su integridad, como si cada uno de ellos lo haya ejecutado.... 3^o—Cualquiera de los transportadores que indemnice el daño de que sea responsable otro transportador, se subrogará en las acciones que contra este tengan el remitente y el destinatario. 4^o— Si no puede terminarse el recorrido en el cual hayan ocurrido los daños, el transportador que los

(63) Convenio de Varsovia. 12 de octubre de 1929.

pague tendrá acción contra cada uno de los transportadores obligados al pago en proporción al recorrido a cargo de cada cual, repartiéndose entre todos y en la misma proporción la cuota correspondiente al transportador insolvente". (64). Las normas últimamente copiadas, como claramente se desprende del tenor de las mismas, únicamente dicen relación al transporte de cosas.

5^o—Responden solidariamente todos los transportistas que han intervenido sucesivamente en la verificación del transporte. La anterior opinión, asaz jurídica y que ya fue analizada con anterioridad, es la predominante en la actualidad. En Alemania, donde está expresamente estatuida la solidaridad, cada uno de los porteadores responde independientemente por la totalidad del trayecto, y el transportador que indemnice el daño de que sea responsable otro transportador tiene una acción de regreso contra el porteador culpable. Si éste no se pudiese individualizar, se practica un prorrateo en la proporción que tenga cada uno en el transporte. De éste se excluye el acarreador que pueda demostrar que el daño no se produjo en su trayecto. Al último transportista le incumbe, al entregarse los efectos, un deber de cobranza en interés de todos los que le hayan precedido en el transporte. Si viola este deber debe pagar daños y perjuicios y pierde su acción de regreso. En Italia en los transportes que se asumen acumulativamente por varios porteadores sucesivos en contrato único, "Los porteadores responden solidariamente de la ejecución del contrato desde el lugar originario de partida hasta el lugar de destino". (65). Pero tal disposición solo es aplicable cuando se trata de transporte de cosas. En cuanto al transporte de pasajeros, "cada porteador responde en la extensión de su recorrido". (66). En Italia, como se observa, si se trata de transporte acumulativo de personas cada porteador responde en la extensión de su recorrido, si de cosas solidariamente. Esta distinción no tiene asidero jurídico. Exigir mayor responsabilidad en el transporte de cosas que en el de personas es un adefesio jurídico, un retroceso sin precedentes.

En el transporte acumulativo, a los diversos transportadores que efectúan la conducción en diferentes recorridos, se les denomina también subporteadores o porteadores subsiguientes.

No debe confundirse el transporte combinado con el transporte colectivo. En este último caso se efectúa un contrato común de trans-

(64) Proyecto de Código de Comercio. Art. 808.

(65) Código Civil Italiano, art. 1700.

(66) Código Civil Italiano, art. 1682.

porte, que tiene por objeto varias cosas a transportar, y en el que el elemento característico es, no la pluralidad de porteadores, sino la unidad de contrato con objeto múltiple. En el transporte colectivo hay un solo contrato de transporte, pero no existen los porteadores subsiguientes, y, por ende, el problema de la responsabilidad solidaria de los porteadores subsiguientes que se plantea en el transporte combinado, no se presenta en el transporte colectivo.

Obligaciones de medio y de fin

Las obligaciones, en cuanto al contenido de las mismas, han sido divididas en dos clases, a saber: a)—Obligaciones determinadas y precisas, de resultado o de fin. b)—Obligaciones generales de prudencia y diligencia, u obligaciones de medio. En las obligaciones de resultado el deudor se obliga a ejecutar una prestación precisa, específica, de contornos definidos. El deudor se obliga a obtener un resultado determinado, la prestación en sí misma, es en este caso un fin. En las obligaciones de medio el deudor se compromete únicamente a poner la diligencia necesaria y a tomar las precauciones razonables para llegar a un determinado resultado, que bien puede no ser obtenido, como en el caso del abogado.

En las obligaciones de resultado hay inexecución cuando el resultado prometido no es obtenido; en las de medio para que exista inexecución es necesario, además, que el deudor haya incumplido su obligación de ser prudente y diligente.

Hablando concretamente de las obligaciones de fin que son las que nos interesan para nuestro estudio, es conveniente clarificar lo siguiente: cuando el acreedor pretende exigir la responsabilidad del caso al deudor, deberá demostrar dos cosas: a) Existencia de la obligación. b) Que el hecho prometido no ha sido realizado. Demostrado el incumplimiento por el acreedor, el deudor debe demostrar entonces que el incumplimiento no ha sido su hecho, que existe causa extraña.

Causa extraña o fuerza mayor (actualmente se asimilan estos dos términos), es, como dicen los hermanos Mazeaud: "Todo hecho, acontecimiento o condición exterior y ajena al demandado, como el hecho exclusivo de un tercero, el vicio propio de las mercaderías, etc.". Hay vicio propio, cuando las cosas objeto del transporte no son idóneas por su misma naturaleza, para ser conducidas, de un sitio a otro, como consecuencia de los peligros de fermentación, de su fragilidad, combustión espontánea, putrefacción etc.

Caso fortuito y fuerza mayor

Criterio tradicional: Según este criterio no existe diferencia jurídica de ninguna naturaleza entre el caso fortuito y la fuerza mayor.

Tradicionalmente se ha sostenido que el caso fortuito y la fuerza mayor excluyen toda responsabilidad. Por esto se ha dicho que cuando un daño ha sido causado por quien ha obrado bajo la influencia de un acontecimiento de fuerza mayor o caso fortuito, la auténtica causa del perjuicio, la causa primera como dicen los autores, es la fuerza mayor o el caso fortuito.

El perjuicio aparece entonces como una cuestión ajena al demandado, quien en tal hipótesis no está obligado a la reparación del daño.

El criterio tradicional ha sido sin embargo revaluado. Son muchos los autores que han diferenciado el caso fortuito de la fuerza mayor. Esta materia ha sido deficientemente regulada tanto en el código civil francés como en el nuestro y en la mayoría de los códigos.

Entre los criterios que se han ideado para diferenciar el caso fortuito de la fuerza mayor, podemos enunciar, entre otros los siguientes:

1º—En armonía con este criterio el caso fortuito es un acontecimiento proveniente de la naturaleza, que ocasiona un perjuicio, como una inundación, un rayo etc. Fuerza mayor sería el acontecimiento proveniente, no ya de la naturaleza, sino de una persona diferente del demandado y que ocasiona un perjuicio, como una orden o prohibición emanada de autoridad competente, una invasión etc.

2º—De acuerdo con el segundo criterio la fuerza mayor representaría los acontecimientos más trascendentales, los menos importantes encajarían dentro de la noción de caso fortuito. Esta tesis es muy vaga, de poca fundamentación jurídica.

3º—Los sostenedores de esta tesis dicen que la fuerza mayor implica la existencia de una fuerza irresistible, en cambio, el caso fortuito se caracteriza por la imprevisibilidad del acontecimiento.

4º—Este criterio ha sido defendido por Colin y Capitant. Dentro de esta concepción el caso fortuito implica una relativa imposibilidad de cumplimiento, la fuerza mayor conlleva una absoluta imposibilidad originada en un obstáculo imprevisible, imprevisto e invencible, como una tempestad, un temblor, la guerra etc.

5º—Este criterio es compartido por ilustres juristas entre los cuales cabe destacar al maestro Josserand. La teoría fue formulada

inicialmente por Exner y retomada por Josserand. Esta tesis, indudablemente la más científica de todas, establece la diferencia entre las nociones analizadas teniendo en cuenta la exterioridad que tiene la fuerza mayor, en relación con el autor del daño.

El caso fortuito tiene una vinculación interior con el hecho del deudor. Por esto se ha dicho que el caso fortuito es inherente a la actividad que explota el obligado, que se origina en el interior del círculo obligatorio y que no tiene valor exonerativo. Teniendo el caso fortuito una vinculación interior con el hecho del demandado o siendo inherente a la explotación de la actividad misma, lógicamente no aparece como una causa extraña, es decir, como un acontecimiento o hecho exterior y ajeno al demandado, como una verdadera causal eximente de responsabilidad. Nos parecen realmente interesantes las palabras de Sachet, quien, al tratar sobre este tema en materia laboral, afirma: "El caso fortuito es la causa objetiva, es la falta, no del empresario, sino de la industria. El caso fortuito es la revelación de la impotencia actual de la ciencia aplicada a la industria; si sobreviene un progreso, el caso fortuito de ayer será mañana la falta del patrono".

La ruptura del radiador, el neumático que estalla, son hechos que tienen origen en la actividad misma, de origen interno, no ajenos al círculo obligatorio y que no exoneran de responsabilidad.

La fuerza mayor dentro del criterio analizado, no tiene ninguna vinculación con el hecho del deudor, ni es inherente a la actividad.

La fuerza mayor se presenta entonces como una verdadera causa extraña, puesto que su origen es ajeno al círculo obligatorio. no es un hecho de producción interna. Serían casos de fuerza mayor, por ejemplo, el hecho exclusivo de un tercero, la guerra etc.

Actualmente las nociones de fuerza mayor y causa extraña son idénticas, tal es el criterio de los autores modernos, quienes a la causa extraña la denominan también fuerza mayor, dando así un mismo alcance jurídico a estas nociones.

En síntesis, de acuerdo con el criterio últimamente expuesto, la fuerza mayor o causa extraña representa un acontecimiento o hecho ajeno y exterior al demandado; el caso fortuito, en cambio, tiene una vinculación interior con el hecho del deudor, no es causa extraña, no exonera de responsabilidad.

Según el artículo 64 del C. C. (actualmente ley 95 de 1890, art. 1º), fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de

enemigos etc. Nuestra ley civil al hablar de caso fortuito o fuerza mayor trata de identificar ambas nociones. Sin embargo, si analizamos detalladamente los ejemplos que nuestra ley civil trae, vemos como todos ellos son de fuerza mayor entendiendo por tal una verdadera causa extraña. Parece, pues, que el C. C. de nuestro país no contempla el auténtico caso fortuito, el hecho de origen interno, y al hablar de fuerza mayor o caso fortuito únicamente se refiere a la fuerza mayor como causa extraña, mas no al verdadero caso fortuito aceptando la tesis últimamente expuesta. Igual anotación cabe hacer a nuestro C. de C.

Responsabilidad general del porteador

Obligación de seguridad en el transporte.—La obligación que tiene el transportista de realizar la conducción es una obligación de resultado. En el transporte de cosas, el transportador está obligado a tomar las cosas en el lugar y tiempo convenidos, a conducir las y a entregarlas sanas y salvas, en las mismas condiciones recibidas, al consignatario. El porteador no se obliga solamente a poner la diligencia del caso para transportar las cosas, caso en el cual la obligación sería simplemente de medio. El transportador se obliga a entregar las cosas al consignatario tal como las recibió, a obtener el resultado prometido, su obligación es de fin. En el transporte de personas, el porteador se obliga a llevar al pasajero sano y salvo al lugar convenido, obligación también de resultado.

Como el transportador contrae una obligación determinada y precisa, para exonerarse de responsabilidad, una vez que el acreedor haya demostrado la existencia de la obligación y su incumplimiento, tendrá el transportista que acreditar causa extraña, es decir, la existencia de un acontecimiento extraño y ajeno a la actividad del transporte y a sus instrumentos de trabajo, como una decisión imprevista del Gobierno, la acción anormal de las fuerzas de la naturaleza etc. El simple caso fortuito no descarga al porteador, como sucedería por ejemplo en el caso de un hecho proveniente de sus instrumentos de trabajo, como un vicio oculto de uno de sus vehículos, un daño en la dirección del mismo etc.; hechos todos inherentes a la actividad del transporte, no eximentes de responsabilidad.

De acuerdo con nuestro C. de C. el porteador contrae una obligación de resultado. El inciso tercero del artículo 306, dice al efecto: "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". Es verdad que la citada norma legal habla de caso fortuito y no menciona la fuerza mayor, mas es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones: a) Nuestro C. de C. al igual que el C. C., cuando habla de caso fortuito se refiere concretamente a la fuerza mayor como causa extraña. b) El artículo 268 del C. de C. que se refiere precisamente a la causa extraña como causal que exonera de responsabilidad, contempla en sus ejemplos la fuerza mayor, no el caso fortuito, por eso dice: "Es también rescindible (debe hablarse más bien de terminación), de parte de ambos contratantes, por la superveniencia de un suceso que imposibilite su ejecución, como pérdida de los efectos, declaración de guerra, prohibición de comercial, interceptación de caminos por tropas enemigas, u otros acontecimientos análogos. En cualquiera de estos casos, la rescisión (terminación) se verifica sin indemnización..." c) El numeral 4º del artículo 322, dice que el porteador está obligado a: "Indemnizar a los pasajeros el daño que sufrieren en sus personas, por vicio del carruaje..." En armonía con el premeditado artículo el caso fortuito en el sentido que dejamos ya expuesto no exonera de responsabilidad; por esto el transportista es responsable del daño causado a un pasajero por vicio propio del carruaje, ya que en tal caso no existe causa extraña, sino un hecho derivado de los instrumentos de trabajo del empresario, un acontecimiento de producción interna, un auténtico caso fortuito. Por lo anterior, podemos fácilmente colegir que el artículo 306 al hablar de caso fortuito se está refiriendo concretamente a la fuerza mayor, a la causa extraña.

Para exonerarse de toda responsabilidad según el artículo 306 del C. de C., el porteador deberá probar que la fuerza mayor no ha sido preparada por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente. El porteador deberá demostrar el hecho positivo, es decir, que la causa misma del acontecimiento es una fuerza mayor. Si el transportador ha obrado culposamente o si la causa extraña ha sido preparada por su culpa, no existe en verdad un hecho ajeno capaz de exonerarlo de responsabilidad.

Sea que se trate de transporte de personas o de cosas, el porteador deberá demostrar siempre causa extraña para no quedar obligado a la reparación de los perjuicios, ya que el transporte impone siempre al transportista una obligación de resultado. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en el transporte de personas

el porteador se exonera de responsabilidad demostrando que obró con la prudencia del caso, y que en cambio en el transporte de cosas deberá demostrar causa extraña; pero esta jurisprudencia no tiene asidero jurídico de ninguna naturaleza. Con la tesis de la Corte arribaríamos a la absurda conclusión de exigir mayor responsabilidad en el transporte de cosas que en el de personas, posición desde todo punto de vista insostenible como tuvimos oportunidad de afirmar con anterioridad.

Se ha sostenido, con base en los dos primeros incisos del artículo 306 y el 299 del C. de C., que el transportista únicamente está obligado a probar su no culpabilidad; al porteador le bastaría entonces demostrar su ausencia de culpa para quedar exento de responsabilidad, no tendría que probar causa extraña. Esta tesis ha tenido basamento sobre todo en el artículo 299 del C. de C. En efecto, se ha dicho: Si el porteador responde como el depositario asalariado responde solamente hasta de la culpa leve como en el caso del depositario remunerado. El transportador se descargaría demostrando que obró en armonía con la diligencia propia de un buen padre de familia. Esta tesis no tiene, a nuestro juicio, respaldo jurídico o legal. Ya vimos como en las obligaciones de resultado el deudor debe necesariamente demostrar causa extraña, de tal manera que al transportador no le sería suficiente probar que obró con prudencia y diligencia. Por otra parte, el inciso 3º del artículo 306 es terminante al respecto al afirmar que el transportista deberá demostrar causa extraña, y que ésta no ha sido preparada por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir el acontecimiento.

El artículo 299 del C. de C., en verdad, no cumple ninguna función legal, sobra. Su existencia radica en una confusión que nuestro C. de C. hizo entre el depósito y el transporte en su art. 264. Los redactores del código creyeron que el transporte y el depósito eran una misma figura jurídica, es decir, identificaron ambos contratos, concepción absolutamente falsa como antes se vio. El art. 299 del C. de C. está, pues, fuera de lugar; tan cierto es ello que en el proyecto se le suprime, modificación desde todo punto de vista justificable.

En el proyecto cuando se trata de transporte de pasajeros, "cesa la responsabilidad del porteador en los casos siguientes, debidamente comprobados: 1º Cuando los daños ocurran al pasajero por obra exclusiva de terceras personas. 2º Cuando los daños ocurran por fuerza mayor; pero esta excepción no podrá alegarse cuando haya mediado en alguna forma culpa imputable al transportador. 3º Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero o por lesiones

orgánicas o enfermedad anterior del mismo pasajero, que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables a culpa del transportador. 4º Cuando ocurra la pérdida o avería de paquetes o cosas que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse "a la mano", y que no hayan sido confiados a la custodia del transportador" (67). La redacción del artículo nos parece un poco antitécnica, porque en el fondo los casos que la norma trae como exonerativos de responsabilidad, excepto el 4º, son de fuerza mayor. De allí que hubiera bastado unificar los tres numerales en uno, y manifestar, que la responsabilidad cesa en los casos de fuerza mayor; evitándose así una enumeración innecesaria.

La primera hipótesis del artículo, es decir, cuando los daños ocurren al pasajero por obra exclusiva de terceras personas, es un caso de auténtica fuerza mayor, ya que el acontecimiento se presenta como algo no ínsito a la actividad explotada, como un hecho que ha tenido su origen en un acto ajeno y exterior al demandado, y por ende, exonerativo de responsabilidad.

El inciso 2º del artículo que estamos comentando, expresa que también cesa la responsabilidad del porteador cuando los daños ocurren por fuerza mayor; pero esta excepción no puede alegarse cuando haya mediado en alguna forma culpa imputable al transportador. La redacción de este inciso es igualmente incorrecta, porque cuando en el caso de la fuerza mayor ha mediado culpa imputable al transportador, no hay tal fuerza mayor. El acontecimiento no se presenta entonces como una cuestión extraña y exterior al demandado. Sobre, pues, la segunda parte del inciso en cuestión.

La misma crítica hecha al inciso 1º cabe hacer el inciso 3º. En verdad, cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo, estamos en presencia de un hecho ajeno y exterior al demandado, de una fuerza mayor. Al establecerse que los daños son secuela exclusiva del pasajero se está precisamente demostrando que ellos tienen origen fuera de la relación del vínculo obligatorio.

Según el parágrafo único del artículo 822, el caso fortuito que reúne las condiciones o elementos de una verdadera fuerza mayor, se regirá por la reglas de ésta. El parágrafo, propiamente hablando, nada expresa, fuera de dar origen a interpretaciones erróneas. El caso fortuito que reúne las condiciones de fuerza mayor, no es un caso fortuito sino una fuerza mayor, y, como tal, una causal eximente de

(67) Proyecto de Código de Comercio. Art. 822.

responsabilidad. Con anterioridad habíamos establecido la diferencia exacta entre estas nociones.

En la parte correspondiente al transporte de cosas el proyecto dice: "El transportador no podrá exonerarse, en todo o en parte, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, sino mediante prueba de fuerza mayor o caso fortuito, o de vicio propio o inherente a la cosa transportada, o de falta imputable exclusivamente al remitente o destinatario". (68). Aquí hubiera bastado también hablar exclusivamente de fuerza mayor, pues en tal noción encajan perfectamente el vicio propio o inherente de la cosa transportada y la falta imputable exclusivamente al cargador o al consignatario. Por otra parte, el artículo involucra las nociones de caso fortuito, fuerza mayor, nociones totalmente diferentes.

En Colombia no existe el seguro obligatorio de transporte. Claro que en las legislaciones en donde éste está consagrado, es menor el interés práctico del problema de la responsabilidad en el transporte. Sobre este punto, y de acuerdo con el proyecto "Si los interesados aceptan de manera expresa el seguro pactado por el transportador con una compañía que funciona legalmente para responder por los riesgos del transporte, se tendrá el valor del seguro como equivalente a los perjuicios causados por la ocurrencia del riesgo o riesgos asegurados, quedando a salvo las acciones del caso por los daños derivados de riesgos no asegurados, o por los que habiendo sido asegurados no sean pagados dentro del plazo de los seis meses siguientes al acaecimiento del daño. Si el perjuicio proviene de culpa comprobada del transportador, tendrá derecho el interesado a la plena indemnización. En ningún caso podrá constituirse el transportador en asegurador de su propio riesgo o responsabilidad. (69).

Cláusulas exonerativas o limitativas de los deberes del porteador.

Los empresarios públicos de transporte no pueden hacer figurar en los reglamentos, conocimientos de embarque o billetes que expidan, "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

(68) Proyecto de Código de Comercio. Art. 848.

(69) Proyecto de Código de Comercio. Art. 814.

pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos. (70).

De acuerdo con las normas citadas, las cláusulas que entre nosotros traten de exonerar o limitar la responsabilidad o los deberes del porteador no tienen valor alguno, y, aunque se pacten, no liberan al transportista de su responsabilidad. El remitente puede probar la pérdida, falta o avería, y el transportador si pretende eximirse de responsabilidad, deberá demostrar causa extraña, sin que en este caso ocurra ninguna inversión en la carga de la prueba como nítidamente se deduce de los artículos comentados.

No valdrían, pues, entre otras, cláusulas como las siguientes: Inversión de la carga de la prueba, ya que es obligación del porteador demostrar causa extraña para poderse liberar de la responsabilidad correspondiente. O que el porteador se exonere con la mera prueba negativa de falta de culpa, es decir, demostrando el transportista que no incurrió en culpa; pues es obligación del porteador comprobar causa extraña.

Por lo anterior, podemos afirmar que en esta materia no valen las denominadas en civil cláusulas modificativas, exonerativas o limitativas de la responsabilidad, siempre y cuando ellas pretendan aminorar o limitar la responsabilidad del porteador.

Debe tenerse en cuenta que las normas analizadas se refieren propiamente al transporte de cosas; pero debe entenderse que toda cláusula que trate de limitar los deberes del transportador en el transporte de personas, a fortiori tampoco vale, ya que esto iría contra el orden público. Los atributos de la persona humana son inalienables. Los derechos relativos a la integridad y seguridad de las personas son irrenunciables. De lo contrario, se llegaría a la absurda tesis de exigir mayor responsabilidad en el transporte de cosas que en el de pasajeros, conclusión indisputablemente errónea.

En el proyecto, tanto en el transporte de personas como en el de cosas, las cláusulas en referencia en principio no tienen valor. En efecto, según el proyecto en el transporte de pasajeros: "Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de las responsabilidades indicadas en los artículos anteriores se tendrán por no escritas o pactadas. Tampoco tendrán valor las que tengan por objeto fijar en una suma determinada el valor de los perjuicios, si no es en forma de seguro. Podrá, sin embargo, estipularse en forma escrita y ostensible en el tickete

(70) Ley 52 de 1919. Art. 8º C. D. C. T. Art. 329.

o documento, que el transportador no responda de perjuicios sobrevenientes por demora o por daños no corporales cuando una y otros provengan de riesgos inherentes al transporte. Para los efectos de este artículo se entenderá por riesgos del transporte aquellos sucesos fortuitos, previsibles pero irresistibles, propios de esta actividad y que no provengan de culpa anterior del transportador, sus factores, dependientes y demás empleados". (71). En el transporte de cosas: "Las cláusulas del contrato de transporte que exoneren al transportador de su responsabilidad por la pérdida o avería de la cosa transportada o por el retardo en el transporte y entrega de la misma, no producirán efecto alguno. Las cláusulas limitativas de esa responsabilidad, aún a título de pena o cualquier otro, solo serán válidas cuando se refieran exclusivamente a la simple mora o retardo por riesgos inherentes al transporte". (72).

(71) Proyecto de Código de Comercio. Art. 827.

(72) Proyecto de Código de Comercio. Art. 852.