

table Instruments Law of 1897, rompiendo así la armonía de la legislación colombiana basada en la ideología latina. La tarea futura de los legisladores y jueces colombianos consistirá en armonizar el estatuto reformativo con la línea de ideas generales del derecho colombiano, pues hoy para la buena inteligencia del texto de la Ley 46, se exige muchas veces interpretar sus disposiciones recurriendo al origen de ellas en la legislación saxoamericana».

Medellín, noviembre de 1952.

Jaime Jiménez Ramírez

## EL CONTRATO DE TRANSPORTES EN LA LEGISLACION MERCANTIL COLOMBIANA

El contrato de transporte es sin lugar a dudas, una de las figuras jurídicas más complejas por la manera como en él influyen instituciones legales de muy diversa índole.

En estas breves líneas que constituyen apenas algunas observaciones sobre la naturaleza del contrato referido y acotaciones a nuestra legislación positiva sobre la materia, me limitaré a estudiar el aspecto jurídico que es desde luego, el más apasionante y difícil, prescindiendo del prólogo relacionado con la parte histórica y de importancia económica dentro de la organización social, por carecer en absoluto de tiempo para exponer tales aspectos de la cuestión, el último de los cuales es bien evidente y nadie se atrevería a ponerlo siquiera en duda.

Nuestro código de Comercio define el transporte diciendo que «es un contrato en virtud del cual uno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, lagos o ríos navegables, pasajeros o mercaderías ajenas, y entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas».

El Decreto Legislativo N° 1.141 de 1932 ha concretado en términos claros la expresión «navegable» usada en la definición transcrita, entendiéndose por tal vocablo «todo trayecto fluvial que de una manera efectiva puede servir o sirve habitualmente, durante la mayor parte del año, de vía de comunicación entre diversos lugares, cualesquiera que sean la clase y capacidad de las embarcaciones usuales en que se verifique o pueda verificarse el tránsito a lo largo de su curso, sea remontándolo o descendándolo».

Estudiando detenidamente la definición legal encontramos que es incompleta y no muy exacta en sus términos como pasamos a demostrarlo.

Lo primero que se ofrece a nuestra consideración es el carácter de «contrato», lo que significa que el transporte es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Propiamente la obligación aquí es de hacer, por cuanto la esencia del contrato de transporte está en conducir, llevar de una parte a otra; también puede conllevar el transpor-

te la obligación de dar, entendiéndose por tal la de entregar al consignatario el objeto transportado.

Es imprescindible pues, para la existencia del transporte, el que hayan al menos dos personas que se vinculen entre sí por diversas obligaciones.

Qué clase de contrato es el que estudiamos?

Nuestra ley ha aceptado una clasificación general de los contratos caracterizada por los factores obligación, utilidad, subsistencia y perfeccionamiento de los mismos.

Atendiendo al factor obligación, los ha dividido en unilaterales y bilaterales según produzca obligación únicamente para una parte en relación con la otra, o según queden obligadas recíprocamente. Los autores han aceptado, tomándola del Derecho Romano una nueva clasificación, y es la llamada «contratos sinalagmáticos imperfectos» por la oposición a los «sinalagmáticos perfectos» que son propiamente los señalados como bilaterales, entendiéndose por los primeros aquellos que en un principio sólo originan obligaciones para una de las partes, pero en una etapa posterior del cumplimiento o ejecución del contrato pueden generarse obligaciones para esa misma parte que en un principio no tuvo ninguna.

Desde el punto de vista del factor a que me refiero, el transporte es sin lugar a dudas esencialmente bilateral, ya que en él se obligan recíprocamente todas las partes intervinientes. Ya analizaré esas diversas obligaciones.

Atendiendo a la utilidad, el contrato se denomina gratuito cuando sólo reporta utilidad para una parte sufriendo la otra el gravamen, y oneroso en el caso opuesto, esto es, cuando reporta utilidad para ambas partes y ambas se gravan en beneficio recíproco. Este puede ser además conmutativo o aleatorio, según que cada parte se obligue a dar o hacer una cosa que se mira como económicamente equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, o según que el equivalente económico consista en una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

Si nos atuviéramos a lo literal de la definición legal tendríamos que decir dogmáticamente que el transporte es siempre un contrato oneroso por cuanto el texto dice que en él uno se obliga «por cierto precio...».

Pero, es de su esencia la existencia del precio?

Yo considero que en este punto nuestra definición peca por inexacta ya que ningún principio general de Derecho se opone a la inexistencia del precio en el contrato que estudio, por otra parte, no se ve en qué pueda alterarse la esencia del contrato porque el porteador verifique la conducción en una forma absolutamente gratuita; esto en ningún modo lo eximiría de sus obligaciones como tal de acuerdo con nuestra legislación y con la estructuración general del contrato.

En su obra «Instituciones de Derecho Mercantil» el profesor Estasén asevera que «el transporte gratuito no supone más que la renuncia del derecho a cobrar el precio, pero no modifica este ni los demás derechos ni las obligaciones del porteador, remitente o consignatario».

Tan distinguido autor sírvenme de apoyo para sustentar la tesis esbozada no sin declarar con toda lealtad que existen no menos destacados tratadistas como Louis Sarrut quien afirma en su libro «Legislation et Jurisprudence

sur le Transport des Marchandises par Chemins de Fer», que entre los elementos esenciales para la existencia del contrato está «un precio de transporte».

No obstante tan autorizada opinión, no se ve claro desde que punto de vista pueda afirmarse que periclita la esencia del contrato si la conducción se hace de manera gratuita.

No se me argumente con la afirmación de que el lucro al igual que la celeridad y la seguridad son principios generales que informan todo el derecho comercial, pues ello está bien como teoría general del Derecho pero sin que la no aplicación de cualquiera de los tres principios en un caso particular pueda hacer que desaparezca el carácter de comercial de tal caso, cuando por otra parte se trata de un acto de comercio ejecutado por comerciantes, o a lo menos, uno de los ejecutantes es comerciante. De manera que por lo menos, tendríamos o un acto formal o un acto subjetivo de comercio y en cualquiera de estos casos caería bajo la jurisdicción del Derecho Mercantil. Por lo demás, el principio general de que los actos mercantiles nunca se presumen gratuitos apenas si envuelve en una forma lata una presunción que siempre será legal, para algunos simple presuntio hómíne, pero en ningún caso de Derecho.

En el caso particular de que el contrato aparezca como oneroso, bien puede darse cualquiera de las formas de Conmutativo y Aleatorio, aunque es claro rara vez se presentaría ésta.

También ha dividido la Ley los contratos en Principales y Accesorios entendiéndose por los primeros aquellos que para su existencia no necesitan de una obligación preestablecida, y por los últimos los que requieren de esta, ya que tienen como finalidad el asegurar el cumplimiento de dicha obligación principal, de manera que faltando ésta falta el contrato. Ejemplos de aquéllos son, entre otros, el mandato, la compraventa y el arrendamiento; y de éstos, la fianza, la prenda y la hipoteca.

Salta a la vista el carácter de Principal del contrato que estudio ya que bien se comprende que el transporte tiene existencia propia e independiente por sí solo, basta el acuerdo de voluntades sobre el objeto a transportar y las condiciones en que ha de verificarse para que el contrato nazca a la vida jurídica con toda la perfección legal requerida. No se necesita por consiguiente de ninguna obligación principal preestablecida cuya realización se asegure en virtud del contrato.

Finalmente, la legislación civil colombiana clasifica el contrato desde el punto de vista de su perfeccionamiento, vale decir, considerando las condiciones indispensables para que tenga valor legal en Reales, Solemnes y Consensuales. Define los primeros como aquellos que para su perfeccionamiento exigen la entrega (la Ley dice impropriadamente «tradición» ya que no puede entenderse tal vocablo en la definición del contrato, en su sentido jurídico que es el señalado por el artículo 740 del Código Civil) de la cosa a que se refiere el contrato; los segundos son los que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto legal; y los últimos son los que se perfeccionan y tienen plena existencia jurídica por el solo consentimiento de los contratantes.

A cual de las tres especies anotadas pertenece el contrato de transporte?

Este interrogante que es de fácil solución entre nosotros por disposición expresa de la Ley, disposición corroborada por la reglamentación de las obligaciones del remitente como tendremos oportunidad de estudiarlo, no aparece tan fácil a la luz de la doctrina de los varios expositores y de las normas positivas de Derecho extranjero.

Sostiene Louis Arrut que se trata de un contrato real y en cierto modo consensual sinalagmático perfecto, por cuanto requiere la entrega de la cosa materia del contrato y además el acuerdo sobre las condiciones de la conducción, convenio que bien puede presentarse bajo la simple forma del consentimiento sin necesidad de que éste aparezca en escrito alguno, anotando la calidad de sinalagmático perfecto por imponer desde un principio obligaciones recíprocas a todas las partes.

Esta opinión está muy de acuerdo con la legislación francesa de entonces que establecía el carácter Real del contrato a estudio, por cuanto no se perfeccionaba sino con la entrega que de las mercancías hacía el consignante al porteador, y sólo desde tal momento empezaba a ejecutarse el contrato y nacían las obligaciones recíprocas.

No ha faltado quienes hayan pretendido establecer, fundándose en la trascendencia que tiene la carta-guía y documentos análogos, el carácter de Solemne de este contrato, pero tal tesis sostenida por unos pocos, según anotación de Cámara, no encuentra asidero en ninguno de los códigos modernos, ya que no puede olvidarse que si bien la carta-guía es el documento destinado naturalmente a la comprobación de la existencia del contrato, no es el único, y por el contrario se admite en este campo toda clase de pruebas reconocidas legalmente.

Volviendo a la opinión de Sarrut cabe criticar la unión que hace al considerar el contrato como «Real y en cierta forma Consensual» pues es claro que esta última condición no puede tomarse en la doctrina jurídica en la misma forma interpretada por el autor mencionado. O es real o es Consensual, pero no puede ser real y consensual a la vez porque es fundamentalmente diverso lo que puntualiza y constituye esas dos formas de contrato.

Claro está que en un sentido demasiado lato, demasiado general dijéramos, todo contrato es consensual ya que es de su esencia el acuerdo o consentimiento de voluntades; pero es que además de tal acuerdo la Ley se ha fijado en si él basta para la plena validez del contrato, o si además, se requiere para ella la entrega de la cosa o la observancia de ciertas formalidades especiales, para establecer la clasificación estudiada.

Ya he dicho que el concepto de Sarrut está conforme con la legislación de su país, pues allí se considera que el contrato se perfecciona por la entrega de la mercadería. Mas no es solo este autor quien afirma la tesis dicha; también la sostienen, entre otros, Lyon, Caen et Renault, Travers, Thaller, Roger, Carvalho De Mendoca, Bruschetti, Chimienti y Calamandrei fundándose en que sin la entrega de la cosa a transportar no puede tener efectividad el contrato por sustracción de materia. Según tales autores mientras no se haya verificado la entrega sólo existirá un contrato de «promesa de transporte», la cual se perfecciona por la consignación del objeto a transportar.

«Desde este momento, en que se materializa el consentimiento, nacen las obligaciones a cargo de la empresa y surgen las responsabilidades; con ante-

rioridad sólo existirá un contrato innominado, que luego se complementará con el contrato de transporte».

Otros doctrinantes han sostenido la tesis de que el contrato de transporte «es de naturaleza real» pues en su formación entra como elemento constitutivo el depósito (Supino, Vidari y Malgeri). Adelante, al estudiar la forma como influyen en el transporte las normas relativas al contrato de depósito, me referiré a espacio a esta teoría.

La opinión sobre el carácter real del transporte puede tener validez en algunas legislaciones foráneas; pero en Colombia el asunto es bien claro y no implica la menor dificultad ya que el artículo 263 del Código de Comercio dice textualmente: «El transporte se perfecciona por el solo consentimiento, expreso o tácito, de las partes».

De manera que entre nosotros se trata de un contrato eminentemente consensual; no se requiere la entrega de lo que va a transportarse, ni la firma de documento alguno; basta el simple acuerdo de voluntades para que el contrato tenga toda su plenitud legal.

Al igual que entre nosotros, en otras legislaciones el aspecto planteado es de fácil solución por declaración expresa de ellas. Tal por ejemplo la Italiana que en artículo 388 del Código de Comercio define así el transporte: «Es el que se celebra entre el expedidor o remitente que da el encargo del transporte y el empresario que se obliga a ejecutarlo por cuenta propia o ajena...». De las expresiones «encargo» y «obliga a ejecutarlo» ha tomado fundamento el jurista italiano César Vivante para sostener el carácter consensual que en la legislación de su país tiene el contrato de transporte.

Por otra parte, en lo atinente exclusivamente al aspecto jurídico doctrinario que encierra la tesis expuesta por Sarrut, Lyon Caen et Renault, Travers, Calamandrei y otros, cabe destacar los argumentos que para sostener la tesis contraria, vale decir, la de la consensualidad del contrato, trae el conocido jurisconsulto francés Josserand, quien afirma que en el Derecho francés también es consensual el transporte, por lo siguiente:

a) — Que es un principio fundamental del Derecho Comercial moderno, influenciado a su vez por la norma de la celeridad, el de que los contratos son por lo general Consensuales, requiriéndose norma clara y expresa que establezca otro carácter diverso, la cual no existe en la legislación francesa;

b) Que no puede dudarse del carácter consensual del contrato de transporte de personas, lo cual podríamos aplicarlo por analogía al transporte de cosas; y

c) — Que el carácter consensual lo está indicando el método seguido por el legislador quien ha colocado en el Código Civil el contrato de transporte por tierra y agua en el título del arrendamiento de obra o de industria, ambos contratos consensuales.

También sostienen el aspecto consensual del transporte, entre otros, y además de los autores ya citados: Brugi, Ascarelli, Pipia, Navarini, Mossa, Lacour et Bauteron, Baudry et Lacantinerie et Wahl, y Garrigues, según observación formulada por el profesor Cámara.

En el proyecto Franco-Italiano de las obligaciones (artículo 664) y en

el proyecto Italiano (artículo 410), es indiscutible el carácter consensual de este contrato.

No sobra señalar cómo algunos han llegado al absurdo —según afirmación de Jossierand— de aseverar el carácter real y consensual al mismo tiempo del transporte, como si no fueran dos términos esencialmente opuestos, excluyentes el uno del otro.

Para los últimos, en fin, este contrato será real si se pacta con un porteador libre (empresario privado de transporte) y consensual si con uno privilegiado (empresario público). Tal distinción sería absurda en nuestro Derecho.

Como una última referencia a la legislación extranjera en el punto que estudio, séame permitido copiar los siguientes apartes del distinguido tratadista argentino doctor Héctor Cámara, quien a su vez alude al profesor Rivarola: «En la ley mercantil nacional, como no existe una definición de este contrato, no podemos usar del argumento de Vivante. Tampoco podemos decir que es consensual, al no haber sido incluido por el codificador en el artículo 1142 de la Ley Civil, donde se enumeran los contratos reales, pues nuestro legislador no había concebido el transporte como contrato sino desde el punto de vista de los agentes del mismo; por otra parte, este nunca sería un argumento de peso.

«Por ello debemos recordar las diversas disposiciones del Código, para conocer cuál es su carácter. El artículo 193 al determinar que nace la obligación del porteador de llevar los vehículos de vacío con el exclusivo objeto de recibir mercaderías en un lugar determinado y el derecho de cobrar el precio aunque no realice la conducción, desde que se realizó el contrato, fija el carácter **consensual** de esta convención en nuestra ley; «Esta disposición configura nítidamente el carácter consensual del contrato —dice Rivarola—, toda vez que las obligaciones de una y otra parte, tienen efecto aunque no se haya recibido la carga, o no se haya verificado el transporte». Este es, por otra parte, el criterio de todos los comercialistas argentinos y en general de la Jurisprudencia».

Como el concepto de consensual tiene evidentemente plena vigencia en la legislación colombiana, según hemos visto, es excluyente del de solemne y de consiguiente aparece claro que no podría tener este último carácter el contrato a que me refiero; desde ahora anticipo la opinión de que la carta-guía o carta de porte que se acostumbra otorgar entre los contratantes no constituye ninguna solemnidad del contrato, sino apenas un medio probatorio del mismo.

Lo anterior es en lo que atañe a la clasificación general de los contratos adoptada por nuestra Legislación Civil, y aplicable, claro está, a los contratos mercantiles.

Pero existe aún un problema más difícil de dilucidar, cual es el relativo a la naturaleza misma del contrato que estudio. Será él un contrato autónomo, típico si se me permite la expresión, como lo son por ejemplo la compraventa, el mandato o el comodato? O será más bien el resultado de la confluencia o agrupación de características peculiares de otros contratos como el depósito, la locación de servicios y de obra y el mandato?

La doctrina en general no ha podido ponerse de acuerdo sobre punto de tanta trascendencia.

Para César Vivante (Derecho Mercantil), Asquini, Jossierand, Wahl, Baudry Laçantinerie, Colin et Capitant, Planiol, Valeri (Osservazioni critiche

sul concetto di trasporto nel diritto privato), Pachiani (II contratti a favore di terzi), Abello, Caluci (Codice di commercio commentato) entre otros, el transporte es una especie del contrato general de Locacio (del latín: Locatio-onis que significa forma de arrendamiento) de obra; esta tesis representa también la concepción dominante en Alemania según anotación de algún autor como lo demuestran las obras de Cosack. En América ha sido acogida esta solución por autores como Siburu, Malagarriga, Spata A. (Locación de obra) y Fontanarrosa (Notación, Caracteres y Naturaleza del contrato de transporte).

La Comisión redactora del Código de Comercio español vigente, en su exposición de motivos del título VII del libro II, consideró este contrato como una forma del de arrendamiento de servicios. Mas, según anotación del doctor Cámara, «puede ser que la Comisión dicha, haya hablado en este caso de arrendamiento de servicios como una especie de la locación, comprensiva de la «locación de obra y de servicios», así como el código argentino en el capítulo VII del título de la locación engloba ambas formas». Existen distinguidos autores que participan de esta opinión.

El Código Federal Suizo de las Obligaciones en su artículo 450 al referirse al contrato de transporte establece que debe aplicársele, aunque en forma subsidiaria, las normas legales que configuran el mandato. Esta regla orientó también el Proyecto Preliminar del actual Código Civil Italiano, ya que se ocupó de esta materia en el título denominado «Mandato», del que fué suprimido y colocado bajo título independiente en el proyecto definitivo.

Para Segovia (Código de Comercio), Tejedr y Ratti (Transporte por Ferrocarril), el transporte no es más que la unión de dos contratos diferentes: el de arrendamiento de servicios y el de arrendamiento de obra. Para el último de los autores citados, existen algunas legislaciones en donde el contrato a que me refiero es un arrendamiento de obra con particularidades del contrato de depósito y del de arrendamiento de servicios (Obra citada, página 36).

Lyon Caen et Renault son de opinión de que se trata de una combinación de depósito y de arrendamiento de obra, por cuanto el porteador tiene la obligación de custodiar y guardar (conceptos inherentes al depósito) las mercancías para restituirlas al consignatario (in natura) y a la vez de prestar determinado servicio que no es otro que la conducción (concepto inherente al arrendamiento de obra). Tal tesis fue la adoptada por el proyecto de Código de Comercio francés de 1807 cuyo artículo 105 estaba concebido en los siguientes términos: «La operación efectuada con los transportadores por tierra y por agua es un contrato mixto que participa de la naturaleza del contrato de locación y depósito». Esta norma fue abolida por solicitud de la Sección de Legislación del Tribunal «no porque expresara una idea falsa sino por su carácter doctrinario», según aseveración del Tribunal.

También los Códigos de Honduras (artículo 166) y de Chile (artículo 167) entre otros, sientan la regla general de que el transporte participa de la naturaleza del arrendamiento de servicios y depósito.

Según Vidari, citado por Estasen (Instituciones de Derecho Mercantil), Tomo III, Título décimo tercero, página 223) el contrato que estudio, además de participar de la naturaleza del de arrendamiento de servicios y del de depósito, participa igualmente del contrato de arrendamiento de cosas, si se tie-

ne en cuenta que el porteador proporciona el goce y disfrute de las cosas que utiliza para cumplir su obligación de conducir, como carros, vehículos, etc., en beneficio del remitente. Sin embargo, Vidari concluye que «a pesar de lo dicho, el transporte es un contrato en sí con autonomía y efectos propios».

Si nos atuviésemos al concepto del distinguido jurista italiano Obarrío, consideraríamos el transporte como una síntesis de los contratos de arrendamiento de servicios, depósito y mandato, tesis que es confirmada por Marchesini (II contratto del transporte delle merci por ferrovía) y por Gay de Montella (Derecho Comercial Español, tomo III, volumen I) quienes agregan además el de la locación de obra.

Contra las opiniones expuestas están las de quienes sostienen «que este contrato presenta fisonomía característica y autónoma, siendo disciplinado por normas especiales, a pesar de que ofrece puntos de afinidad y de aproximación con otros bien definidos». Carvalho de Mendoca, Brugi B. (Contratto di Trasporto), Castillo, entre otros.

Quienes han negado al transporte el carácter de contrato tipo, autónomo, diferente por su esencia y finalidad a los demás, lo han hecho basándose en que respecto del porteador se cumplen de manera fiel y exacta las obligaciones que son corolario obligado de otros contratos: Por el hecho de conducir tiene que vigilar, conservar y devolver el mismo objeto que se le ha entregado para el transporte, (obligación típica del contrato de depósito), tiene que facilitar los carros y demás elementos necesarios para la conducción (locación o arrendamiento de cosas), tendrá también que verificar la conducción (locación o arrendamiento de servicios) y finalmente, algunos lo han considerado como el representante del consignatario o del remitente según el caso, para los efectos relativos a las mercaderías durante el viaje (contrato de mandato).

Pero es evidente que la incidencia de caracteres que son a su vez consecuencia de otros contratos, no puede hacer que el transporte sea una mera yuxtaposición de diversas fases de otras situaciones jurídicas; en la época actual, ante la evidente trascendencia del transporte en el mecanismo social y su desarrollo cada día más creciente, sería necio negar la esencia propia, configuración autónoma.

Pero no es solo desde el ángulo de su trascendencia económica, sino también y más principalmente desde el punto de vista jurídico que se impone y que es defensible la tesis que vengo sosteniendo: Varios son los casos en que la ley ordena aplicar a un contrato determinado, normas que constituyen la esencia de otro diverso sin que por ello nadie haya osado sostener que los primeros carecen de individualidad propia y sean sólo el resultado de una mezcla de otros contratos, o desfiguraciones o corolarios de éstos. Tal sucede por ejemplo, con las Sociedades Civiles Anónimas que por expresa determinación legal deben regirse por las reglas de las Anónimas Mercantiles (Artículo 2090 del Código Civil Colombiano). Esto no significa que las primeras pierdan su carácter de civiles para convertirse en comerciales; si así fuera no existiría la Sociedad Civil Anónima, lo que es absurdo, pues su existencia está expresamente declarada y reconocida por el Código mencionado (artículo 2087).

Más adelante tendré ocasión para volver sobre el tema, al señalar cómo

mo en mi sentir, están equivocados quienes creen que el porteador es esencialmente un depositario a quien se ha añadido la obligación de conducir.

Y es que no puede sostenerse que el porteador es, por ejemplo, un mandatario del dueño de las mercaderías que transporta (ora sea el remitente, bien el consignatario, ya un extraño) y que de consiguiente al contrato son conducentes las normas del mandato, porque el diverso objeto de ambos contratos y el campo de acción en que ellos se realizan es bien diferente y los hace distinguir esencialmente.

En efecto: mientras el mandato tiene por objeto la gestión de uno o más negocios por cuenta y riesgo del mandante, esto es, mientras el objeto de este contrato es la realización de otros contratos y de actos jurídicos (artículo 2.142 del Código Civil), el transporte tiene como único objeto la operación económica, material, de trasladar una mercancía de un lugar a otro. No puede pues, sostenerse que el transporte es una forma de mandato, ya que ambos contratos se diferencian en su esencia por el objeto a realizar.

Más no sólo se diferencian por su objeto sino también por sus consecuencias: como corolario de la disposición anotada se señala el de que el mandatario está obligado a rendir cuentas de su gestión al mandante, al paso que en el transporte una vez que el consignatario haya recibido las mercancías sin reserva alguna, queda desvinculado el porteador de una probable rendición de cuentas no sólo al consignante sino aún al mismo consignatario.

En el contrato de mandato existe una prolongación de la personalidad del mandante al mandatario en virtud de la cual opera la ficción jurídica de creer que el último es el primero por ocupar aquél el lugar de éste, situación jurídica que no se presenta en el contrato de transporte.

No se arguya que existen puntos tan importantes de contacto entre ambos contratos como el de que semejando la libertad que posee el mandante para imponer órdenes y determinaciones al mandatario, el cargador puede imponer órdenes al porteador variando unilateralmente la persona del destinatario, el destino de la carga y otras circunstancias del contrato. Pero si ello es así, no significa precisamente que el transporte sea una especie de mandato, sino más bien que le son aplicables algunas normas relativas al arrendamiento de obra, donde también tiene validez el principio anotado. Además son bien diversas las causas de terminación de uno y otro contrato y la forma como ellas operan.

Pretenden otros establecer la identidad, o siquiera la equivalencia, entre ambos contratos —mandato y transporte— fundándose para ello en el derecho de retención concedido al porteador para pagarse el precio de la conducción de manera preferencial con el valor de los objetos porteados, situación legal que asimilan a la del mandatario en relación con los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte (artículos 2188 del Código Civil y 388 del Código de Comercio).

Mas la razón invocada no autoriza por sí sola para confundir en unos dos contratos que son esencialmente diversos por su configuración intrínseca, sus causas, manera de ejecución, materia sobre que recaen, consecuencias y formas de extinción. Obsérvese también, cómo la prelación anotada no es más que la

aplicación concreta a determinado contrato del principio general contenido en la norma «los bienes del deudor responden en su integridad por las obligaciones del mismo». Es la prenda general tácita que hablamos no sólo en el transporte y el mandato, sino también en varios otros contratos, como por ejemplo, el depósito, la locación, etc.

Pero se ha esgrimido otro argumento contra la tesis que sostengo de diferenciación fundamental entre ambos contratos, cual es el de que el transporte conlleva ciertos servicios propios del mandato: operaciones aduaneras, permisos de circulación, pago del precio, salvoconductos, etc., los cuales en la generalidad de las veces los efectúa el porteador a nombre y en representación de quien por su cuenta se conduce la mercadería. Esta última afirmación no es exacta, si se tiene en cuenta que no siempre tales operaciones se ejecutan como mandatario; bien puede el porteador verificarlas a nombre propio, asumiendo la responsabilidad de ellas o bien puede hacerlo como agente oficioso.

Además, se trata de operaciones accesorias que en ningún caso pertenecen a la esencia del contrato, que son susceptibles de muy variada regulación contractual y que, como otras muchas, puede asumir el porteador sin que incidan en la unidad jurídica del contrato.

Lo que sí puede suceder y pasa con relativa frecuencia, es que se ejecuten simultáneamente un contrato de transporte y otro de mandato; pero esto no implica ninguna acción directa de un contrato sobre el otro.

No sobra observar que la confusión de ambos contratos por algunos autores, nace de algunas legislaciones extranjeras como la suiza en donde por mandato expreso de la ley, al transporte se le aplican los principios del mandato. Sabido es que en el Código Federal Suizo de las obligaciones «El mandato es configurado como un contrato de trabajo en sentido amplio, cuyos principios sirven como regla general para todos los contratos de trabajo especiales, en cuanto las normas de estos últimos no dispongan lo contrario». (Asquini, página 56, número 1°).

La ley argentina en su artículo 164 llama a los empresarios de transporte «mandatarios comerciales», lo que ha dado lugar a que se interprete como si el transporte estuviera sometido a las normas concernientes al mandato; tal interpretación la ha formulado, entre otros, Josserand quien equipara el Código argentino al suizo. Pero otros autores, como el doctor Héctor Cámara en su obra «Contrato de transporte de cosas», ha demostrado lo equivocada de la interpretación aludida.

Más acorde con la legislación colombiana está el asimilar el transporte al contrato de Depósito (artículo 264 del Código de Comercio), aunque también son esencialmente diferentes.

Estas convenciones se han ido delimitando en los últimos tiempos como dos situaciones jurídicas diversas, pues en épocas pretéritas se les confundía de tal manera que el Derecho Romano asimiló al transportador con el hotelero.

Ya expresé que para algunos se trata de una amalgama de arrendamiento y depósito, pues además de la conducción el porteador asume la obligación de la custodia del objeto a transportar. Quienes así piensan hacen diferentes los dos momentos: interin no empieza la concreta realización del transporte (conducción) apenas sólo existiría un depósito, pero no el transporte. Como

bien lo expresa Abello «no puede decirse que el contrato de transporte comienza con un depósito y se convierte realmente en contrato de transporte sólo cuando la mercadería está en movimiento, pues siguiendo esta doctrina, cualquiera detención de la mercadería en el trayecto transformaría al transportador en un depositario y por ende al contrato de transporte en uno de depósito, lo que es inconcebible».

(Continuará en el próximo número de la Revista).