

El Contrato de Transporte en la Legislación Mercantil Colombiana

(Conclusión)

Los artículos 259, 260 y 261 de nuestro Código de Comercio definen las diversas partes que intervienen en la celebración del contrato, la denominación jurídica de quien ejerce la industria del transporte y la posibilidad de existencia de otra intervención más dentro del contrato: la del asentista o sub-porteador.

Lo primero que cabe observar es que, a diferencia de la generalidad de los contratos, en que sólo existen dos partes, en el transporte se opera la concurrencia de tres partes: Quien se halla al principio del contrato o quien lo celebra; quien verifica la conducción y quien se halla al final del contrato o donde se agota éste, si se me permite esta presentación gráfica no muy exacta pero sí clara. Ello como norma general, según pasamos a verlo.

“Denomínase cargador, remitente o consignante el que por cuenta suya o ajena, encarga la conducción”. Es quien celebra el contrato, quien despacha la mercadería; se halla pues al principio del contrato,

ya que con la concurrencia de otra voluntad da nacimiento a él. Está en el primer extremo dentro del desarrollo del contrato.

El cargador puede encargar la conducción bien por cuenta propia, ora por cuenta ajena, al tenor de lo establecido en los artículos 1506 y 1507 del Código Civil.

Ya me referí a la teoría de la estipulación por otro, que algunos han sostenido dentro del contrato que estudio, cuando el consignatario es ajeno a la estipulación inicial por haber obrado el consignante en alguno de los casos del Código Civil acabados de citar, y manifesté que consideraba aplicables tales disposiciones a la legislación mercantil por virtud del precepto contenido en el inciso 2º del artículo 1º del Código de Comercio.

“Llámase porteador el que contrae la obligación de conducir...” Es el lazo que une los dos extremos del contrato: al consignante con el consignatario; y es quien verifica la operación material de la conducción. Ya habrá ocasión de ver cómo el porteador constituye la parte de más difícil estudio dentro del contrato.

Nuestra Ley, al referirse al porteador, dice que éste puede ser persona natural o jurídica, o empresario particular o público de conducciones, y omite tales expresiones cuando define el consignatario y el consignante, en mi concepto sin razón alguna para ello.

Tales expresiones legales debieron omitirse, pues sólo sirven para crear confusiones al incorporarlas en la definición de una sola de las partes intervinientes en el contrato y omitirlas en la de las otras. Todas las partes necesariamente habrán de ser personas y respecto de cada una de ellas tiene plena cabida la diferenciación formulada por el artículo 73 del Código Civil colombiano. Evidente es que tanto el consignante como el consignatario pueden ser, no sólo personas naturales, sino también jurídicas. También pueden ambas partes ser empresario particular o público de conducciones, aunque por razón de tal calidad será de poca ocurrencia.

Cualquiera sea la naturaleza de la ruta por la cual se verifica la conducción, quien la hace se denomina porteador; sin embargo, la ley colombiana conserva aún la anticuada denominación de “barquero” para el porteador que cumple su obligación por vía acuática.

“Dícese consignatario la persona a quien se envían las mercaderías”. Es la última parte dentro del contrato y se halla ubicada a la terminación del mismo; en él se agota el contrato; es el último extremo de la cadena.

De mucha importancia es tener en cuenta que en la mayoría de

las veces el consignatario no interviene en la celebración del contrato; esta situación o modalidad sui generis tiene consecuencias jurídicas de importancia a las cuales habré de referirme.

Expresé que como norma general en el contrato que estudio entran las tres partes mencionadas; pero él bien puede existir con la sola concurrencia de dos que evidentemente tendrán que ser de manera necesaria el porteador y el consignante. La única parte, de consiguiente, que puede faltar en la estipulación inicial, es el consignatario, ya que éste es quien se halla a la extinción del contrato, no en su nacimiento.

El consignatario puede faltar porque no se haya señalado en el contrato, como cuando se estipula la conducción de una mercadería para dejarlo en un lugar determinado de una ciudad, sin entregarla a persona alguna en particular.

En relación con la ausencia del consignatario surge un problema jurídico muy controvertido y es el de saber si falta o no cuando, sin intervenir en el contrato, se niega con motivos legales a recibir la mercadería transportada. Al referirme más concretamente a él volveré sobre este tema.

No debe tampoco perderse de vista, porque tiene consecuencias jurídicas importantes, la peculiaridad que presenta el contrato de transporte, de poder reunir en una, varias partes que de por sí son diferentes. El Código de Comercio colombiano trae un caso expreso al consagrar en el artículo 260 que “una misma persona puede ser al mismo tiempo cargador y consignatario”.

Es el caso, por ejemplo, de que una sociedad que tiene su casa principal en Medellín contrata la conducción de varias mercancías desde su casa principal hasta la ciudad de Bogotá, para ser entregadas aquí en una sucursal de la misma sociedad.

La reunión en una misma persona de las calidades de consignante y consignatario, no interfiere para nada en la delimitación jurídica de ambas partes y de consiguiente pueden ejercerse con toda libertad los derechos propios de cada una de ellas. Esto, naturalmente, desde que no exista acuerdo en contrario, es decir, desde que las relaciones contractuales se dejen al libre juego legal preestablecido.

Las calidades de porteador y consignatario pueden también reunirse en una misma persona. Tal, verbigracia, si vendo unas mercaderías a un empresario de conducciones comprometiéndome a entregarlas en una plaza diversa a aquella en que celebro el contrato, y al mismo tiempo convengo con el comprador el transporte de la mercadería a la plaza dicha.

En el caso propuesto la responsabilidad del porteador para con el consignatario desaparece si antes de empezar la ejecución del transporte se ha operado la tradición de la mercadería al porteador; en caso de que no se haya operado la tradición, dicha responsabilidad, como bien se comprende, se aparta fundamentalmente de las normas generales, por virtud de la confusión en un mismo sujeto de las calidades de porteador y consignatario.

Conviene anotar la pluralidad de porteadores que pueden presentarse dentro de un mismo contrato; ello es de diaria ocurrencia cuando se trata de transporte largo o que exige el uso de varias rutas diversas. En tal caso los demás porteadores diversos al primitivo contratante se denominan por lo común sub-porteadores, aunque algunas legislaciones los llaman co-porteadores (expresión inadecuada en mi sentir), y la nuestra asentistas, que son quienes se encargan de una operación particular y determinada de transporte.

Se ha entendido por "asiento" el sub-contrato de transporte.

Finalmente, refiriéndome no ya a las partes que intervienen en el contrato y a sus denominaciones jurídicas, sino a quienes ejercen, por sí o sus criados asalariados, la industria de conductor de personas o mercaderías, es de anotarse la clasificación de nuestra Ley, en empresarios particulares y empresarios públicos de conducciones.

La distinción anotada es de gran significación jurídica por cuanto no son unas mismas las normas legales aplicables a los empresarios particulares y a los públicos. Es, desde el ángulo de vista de la responsabilidad de las partes, fundamentalmente diversa la posición de ellas en el contrato ajustado con ambas clases de empresarios.

Lo que constituye esencialmente la noción jurídica del empresario público de conducciones, es la circunstancia de tener abierto al público un establecimiento, y haberlo anunciado prefijando en dichos anuncios los períodos del transporte, el precio por el mismo y las condiciones en que se realiza.

La legislación nacional es tan estricta en esta materia, que hace responsable al empresario o al porteador, según el caso, de cualquiera alteración por omisión, exceso, etc., aun contractual, de cualquiera circunstancia prefijada en los anuncios. No solamente estatuye tal responsabilidad sino que aun prohíbe hacer de cualquier modo, bien en cuanto al precio, ora en relación con el período de conducción o ya en lo que atañe a las condiciones de ejecución del contrato, de mejor condición a persona alguna.

Entre nosotros existe la costumbre, cuando del transporte de pa-

sajeros se trata, de que los vehículos retardan las salidas en relación con la hora ya anunciada, debido a la falta de venta de la totalidad del cupo; tal proceder es abiertamente ilegal (artículos 319 y numeral 3º del artículo 322 del Código de Comercio) y bien puede servir de fundamento a una acción indemnizatoria de perjuicio aplicando la doctrina contenida en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil colombiano.

Es de importancia anotar que ciertas empresas públicas de conducciones pertenecen en Colombia a la categoría administrativa de los servicios públicos y de consiguiente el Estado ejerce una directa función intervencionista sobre ellas, a fin de procurar la realización concreta de la noción jurídica del servicios público. Por ello controla las tarifas, rutas, periodicidad de viajes, condiciones de transporte, etc. etc.

También es importante anotar cómo cuando el contrato se celebra con un empresario público de conducciones es cuando se presenta la figura del "contrato por adhesión" a la cual ya me referí. Se argumenta que encontrando el consignante las condiciones de realización del convenio fijadas de antemano, no hace más que "adherir" a ellas cuando confía el transporte de las mercaderías a un empresario de la clase mencionada.

Ni siquiera puede el remitente tratar de variar en algo alguna siquiera de tales condiciones-estipulaciones, porque aunque el empresario quisiera acceder a la alteración, se lo impide su calidad intrínseca de empresario público de conducciones.

En relación con esta clase de empresarios el problema jurídico principal, existente en nuestra legislación, es el de la validez o invalidez de la cláusula limitativa de la responsabilidad. Al final de estas modestas líneas de grado me referiré al tema cuestionado, que es de vital importancia y de suma controversia.

La segunda clase de empresarios de conducciones —particulares— son los que, ejerciendo la industria de conductor, no han ofrecido al público sus servicios, y se encargan libremente de la conducción de personal o mercaderías a precios convenidos. (Artículo 271, inciso 2º, del Código de Comercio).

Son el antídoto del empresario público; no están sujetos como éste a normas fijas e iguales para todos en las condiciones de ejecución del contrato, al mismo precio, a cumplimiento de horario, etc.; no son servicios públicos; no tiene ni remota validez la noción administrativa de "contrato por adhesión"; sobre ellos no ejerce su labor intervencionista el Estado.

En el caso del empresario particular de conducciones se presenta

en toda su plenitud el régimen legal de la libre contratación, de la más absoluta autonomía de la libertad. El empresario puede preferir a quien desee, haciéndolo de mejor condición, ya en cuanto al porte o precio fijado por el transporte, o bien en relación con las condiciones del mismo, o en lo que atañe a la periodicidad de los viajes.

Antes de formular algunas acotaciones a las partes intervinientes en el contrato, es de trascendencia anotar otras características —además de las ya enunciadas— que modelan la esencia jurídica del contrato y que convienen así al celebrado con los empresarios particulares como con los públicos, y son aplicables de consiguiente a ambos, y también a quien ocasionalmente se obliga a conducir pasajeros o mercaderías, por aplicación de lo estatuido en el artículo 270 del Código de Comercio colombiano.

La última disposición legal citada, al determinar la aplicabilidad de las normas mercantiles sobre la materia a quienes de manera ocasional y transitoria, sin tener la calidad de comerciantes, se ocupan del contrato de transporte interviniendo en él como una de las partes —el porteador— no hace más que corroborar la tesis ya expuesta de la objetividad del transporte como acto de comercio, mercantil —en consecuencia— por naturaleza y sujeto siempre por su misma índole a la jurisdicción comercial, sin que interese para nada la calidad de comerciante o no de quienes lo celebran ni la habitualidad o profesionalidad de los mismos, en el último caso.

A este respecto nuestra legislación acoge el principio adoptado por otras leyes extranjeras, como la suiza, la alemana y la argentina, según anotaciones de Vivante y Estasén en las obras ya citadas.

Al estudiar la naturaleza del transporte y aplicarle a éste la clasificación general de los contratos, omití voluntariamente para tratarla ahora, una delimitación de contratos adoptada por los más modernos expositores, especialmente de la escuela inglesa, y no consagrada en forma de definición expresa por nuestra legislación, aunque es evidente que tenemos contratos que encuadran dentro de las diferentes especies según la clasificación de que hablo.

Me refiero al estudio de los contratos en consideración a las personas con quienes se celebran. Desde este punto de vista es universalmente aceptada la distinción entre contratos en consideración a la persona (intuito personae) y aquellos en que dicha consideración no es tenida en cuenta. La razón de tal distinción es fácilmente comprensible, ya que aparece claro la existencia de contratos en que la persona del contratante juega papel tan decisivo en la celebración del mismo, que se

convierte en factor propio de su esencia; faltando la persona determinada, no existe el contrato, y por regla general sus obligaciones son intransmisibles, aun por herencia.

Tales son las convenciones que se celebran en consideración a las condiciones personales, morales, éticas, de quienes en ellas intervienen; ejemplos son el contrato que se celebra con un pintor determinado, en consideración a las características propias de su pintura, para que confeccione una obra, y también el contrato de sociedad, para referirme a uno típicamente mercantil.

Me he detenido en esta consideración porque nuestra Ley, al igual que la francesa, consagra de manera expresa el principio de la no consideración de la persona que ejecuta el transporte, en el contrato materia de este estudio. Es decir, que el contrato de transporte no se celebra, por norma general, en consideración a la persona del porteador. Puede, pues, servir este contrato de ejemplo de la tesis opuesta a la de los contratos intuito personae.

Qué obligación primera, fundamental, genera el transporte?

Todo contrato, ya lo manifesté, impone la obligación de dar o de hacer o de abstenerse de hacer alguna cosa. El contrato a que me refiero ya vimos que da origen a una obligación de hacer, cual es la de conducir, transportar.

Pues bien: por virtud de no ser el transporte un convenio que se celebra en consideración a la persona del porteador, éste puede confiar a otro la conducción de la mercadería. Así lo consagra el artículo 265 del Código de Comercio; es un caso de intervención de sub-porteadores, llamados por nuestra legislación con la denominación de asentistas.

De la circunstancia de que la disposición citada haga responsable al porteador con quien se celebra el contrato de las resultas de la conducción para con el cargador, no puede deducirse el carácter de intuito personae del contrato, ya que dicha responsabilidad es únicamente una obligación de fin, no de medio, como que se refiere nada más a las resultas de la conducción misma y no al hecho de haber confiado la ejecución del contrato a otra persona.

Corroborata la tesis que sostengo la disposición consagrada por el artículo 269 del mismo Código, el cual establece que “las obligaciones que impone este contrato no se extinguen por la muerte de los contratantes, y sus herederos deberán llevarlo a cumplimiento efecto”.

Cuál es la posición jurídica de las varias partes en este contrato? Es decir: cuáles son las obligaciones y derechos de cada una de ellas?

Nuestra Ley ha detallado las obligaciones y derechos de las partes, siendo, en lo que atañe a las obligaciones, las de más difícil estudio, las correspondientes al porteador, por la forma casuista e injurídica algunas veces, como las regula.

Por esta razón, y por no presentar mayores dificultades la reglamentación de las obligaciones y derechos del consignante y el consignatario, apenas haré una corta alusión a éstos para detenerme en los aspectos más fundamentales de las responsabilidades legales del porteador.

Consecuente con la tesis de la consensualidad del contrato por oposición al carácter real atribuído por otras legislaciones como la francesa, dispone el artículo 279 del Código de Comercio Colombiano que el cargador está obligado a entregar las mercaderías al porteador bien acondicionadas, y en el tiempo y lugar convenidos, y a suministrarle los documentos necesarios para la libre circulación de la carga.

De la disposición aludida se coligen las obligaciones del cargador. Ellas son:

Se obliga a entregar las mercaderías para que puedan ser conducidas; cabe preguntar, qué clase de entrega exige la ley.

Aparece claro que no puede referirse a la entrega que configura la naturaleza real del contrato porque ello contradiría la disposición contenida en el artículo 269 del mismo Código y de consiguiente, debe concluirse que la entrega a que hace alusión el artículo 279 mencionado puede hacerse de cualquiera de los modos consignados en el artículo 754 del Código Civil nacional, no sólo porque no existe disposición legal comercial que deba aplicarse de preferencia a dicho texto civil, sino porque éste consagra la forma jurídica para verificar dicha entrega.

Desde luego, la entrega que se verifica dentro del contrato de transporte, si bien puede hacerse por cualquiera de los modos dichos, no implica tradición de la cosa entregada en el sentido jurídico del vocablo, es decir, como enajenación de la propiedad sobre la cosa materia de la conducción.

Otra obligación inherente a la calidad de cargador es la de entregar las mercaderías bien acondicionadas y en el tiempo y lugar convenidos.

Cualquiera transgresión de estas obligaciones que dicen relación a la entrega misma, hace responsable al cargador y exonera al porteador. Si la mercadería no es entregada "bien acondicionada" de acuerdo

con las circunstancias de la conducción y las normas de la costumbre, el porteador se exonera de la responsabilidad por las averías que puedan ocurrir, siempre que demuestre la falta de cuidado del cargador y la ausencia de negligencia propia en el hecho causante de la avería. La prueba le corresponde al porteador de la mercancía por virtud de la presunción que en su contra establece la Ley, como tendré ocasión de observarlo.

Si se incumple la obligación de entregar por parte del cargador, por no hacer la entrega en el lugar o en el tiempo convenidos, el porteador puede solicitar la rescisión del contrato y el pago de la mitad del porte estipulado, o verificar la conducción y en este caso puede hacerse indemnizar por el mayor costo que el incumplimiento del cargador le haya ocasionado (artículo 281 del Código de Comercio).

Juzgo esta disposición una norma errada e injurídica en lo que se refiere a la facultad que concede al porteador, correlativa a la que se concede al cargador, como se estudiará adelante.

El transporte, como todo contrato, produce obligaciones que son perfectas jurídicamente desde el momento mismo del nacimiento del contrato, y por su carácter estrictamente consensual la primera obligación del cargador es la de entregar al porteador la cosa materia de la conducción.

Si no se cumple con esa obligación de entregar, lo jurídico no es que se dé a la contraparte la facultad de rescindirlo pero conservando derecho sólo a la mitad del porte estipulado que constituye la razón de existencia para ella del contrato, sino que pueda rescindirlo o compeler al cargador a su cumplimiento, en ambos casos con una completa indemnización de perjuicios, entre los cuales debe hallarse el valor íntegro del porte convenido.

La norma general de Derecho consagrada por nuestra legislación civil de manera absoluta y que se anuncia diciendo que "en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria para el caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado", se ha entendido como una norma de aplicación absoluta —en concordancia con las reguladoras de la indemnización de perjuicios— en el sentido de que ella conlleva la facultad de exigir todos los perjuicios originados en el incumplimiento.

No se ve la razón para que el principio así entendido no tenga aplicación en el contrato de transporte.

También se impone al cargador la obligación de entregar, juntamente con la mercadería, los documentos necesarios para la libre conducción de la carga, esto es, para que pueda ser transportada sin difi-

cultades de orden administrativo. Podrá el porteador pedir la rescisión del contrato, si el cargador incumple tal obligación?

Aunque la ley no lo dice en forma expresa, como lo hace al referirse al incumplimiento por razón del tiempo y lugar convenidos para la entrega, considero que sí tiene el porteador la facultad dicha por cuanto ella significa la aplicación de la norma sobre la condición resolutoria en los contratos bilaterales y la falta de entrega de los documentos necesarios a la libre circulación de la mercadería implica un incumplimiento del contrato por el cargador.

Por ello procede con lógica la Ley cuando establece que los comisos, multas y, en general, todos los daños y perjuicios que sufre el porteador por estar desprovisto de los documentos indispensables a la legítima circulación de las mercaderías, serán de la exclusiva responsabilidad del cargador.

Existe en este contrato un principio que constituye una modalidad sui generis de él, cual es el de que una sola de las partes puede variar unilateralmente las condiciones del mismo. En efecto: el artículo 286 del Código de Comercio dice textualmente: "El cargador puede variar el destino y consignación de las mercaderías mientras estuvieren en camino, siempre que no las hubiere negociado con el consignatario u otro tercero; y el porteador deberá cumplir la orden que recibiere...".

Importa pues, la disposición copiada, una facultad que tiene por ministerio de la Ley el cargador para variar a su voluntad una de las estipulaciones contractuales cual es la relativa al lugar de destino de la mercadería, sin que el porteador pueda impedirlo, siempre que no implique recargo en el porte por variación de ruta o prolongación del viaje.

Tal disposición no la considero muy jurídica por cuanto debe ser privativo de todas las partes concurrentes a la celebración del contrato y no privativo de una de ellas, todo lo que implique modificaciones del mismo; de otro modo, se violaría el principio de la igualdad en la capacidad legal para contratar.

Por lo que hace al consignatario, la principal obligación es —además de las correlativas a la posición jurídica del cargador y también y principalmente del porteador— la de dar recibo a éste de las mercaderías y pagarle el precio por el acarreo cuando sea de su cargo. Además, no puede en ningún caso cubrir dicho precios con las mercaderías conducidas, contra la voluntad del porteador, por prohibición expresa contenida en el artículo 317 del Código de Comercio.

De acuerdo con la Ley colombiana el pago debe verificarlo el

consignatario, siempre que a él corresponda, pasadas veinticuatro horas después de la entrega de las mercaderías, y si no se efectúa el pago puede el porteador pedir el depósito de ellas y obtener la venta en pública subasta para cubrirse con su valor (artículo 315 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 310 del mismo Código).

Pero tal concesión de plazo para verificar el pago del porte estipulado fue abolida por el artículo 8º de la Ley 73 de 1935, que es del siguiente tenor: "El porteador goza del derecho de retención sobre los efectos que conduce, hasta que les sean pagados el porte y los gastos que hubiere suplido.

"Este derecho se transmite de un porteador a otro, hasta el último que verifique la restitución.

"No habrá lugar a depósito hasta que cese el derecho de retención".

Esta disposición equivale a hacer exigible el valor de la conducción una vez cumplida ésta, y de consiguiente a abolir el privilegio del plazo para el pago consagrado por el Código de Comercio en favor del consignatario.

Algunos han estimado que la Ley 73 de 1935 por virtud de su preinserto artículo 8º dejó sin validez, o al menos sin aplicación práctica, el derecho del porteador para hacer depositar la mercadería con el objeto de obtener la venta de ella y cubrirse así el valor de la conducción. El argumento de quienes sostienen tal tesis, es el de que el depósito se ha hecho innecesario por cuanto las mercaderías no se entregan al consignatario, usando del derecho de retención consagrado en la ley de 1935.

En mi opinión se trata de una interpretación equivocada de la ley, originada en una interpretación exagerada de ella, ya que el derecho al depósito de la mercancía no sólo no fue inutilizado por la ley mencionada, sino revivido por ella en el último inciso del artículo copiado.

Lo que sucede es que las circunstancias precedentes a la verificación del depósito son diversas: antes, en el antiguo régimen del Código, el depósito lo solicitaba el porteador después de una entrega *obligada* de la mercadería; hoy, en el nuevo régimen legal, lo solicita después de una entrega *voluntaria* de ella, ya que bien podría negarse a dicha entrega ejerciendo el derecho de retención que le confiere el nuevo estatuto legal. Como se ve, la efectividad del depósito es la misma, pues en ambos casos se utiliza para obtener la venta en pública subasta

de la mercadería transportada y obtener así el pago del valor del porte estipulado.

En algunas legislaciones como la española, la italiana y la alemana, se halla consagrado el derecho de retención puro y simple, sin establecer el de depósito. Las mismas legislaciones consagran también, al igual que la nuestra, una prelación absoluta en favor del porteador y en relación con los objetos conducidos, para cubrirse antes que ningún otro acreedor con el valor de las cosas porteadas, el precio de la conducción.

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

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

Desde cuándo empieza a ser responsable el porteador?

Siendo su principal obligación la de conducir, parece lógico que sólo cuando ésta empiece aparezca la responsabilidad consiguiente. Esta tesis tiene su plena validez jurídica en aquellas legislaciones en que el transporte es un contrato real, que implica por consiguiente, la entrega de la cosa para su perfeccionamiento; mas en nuestro Derecho positivo —ya lo he anotado— el transporte es un contrato consensual, como nos lo enseña claramente el artículo 263 del Código de Comercio y en consecuencia se reputa perfecto el contrato por el solo consentimiento expreso o tácito de las partes.

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

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

“El porteador está obligado a recibir las mercaderías en el tiem-

po y lugar convenidos, a cargarlas según el uso de personas inteligentes y a emprender y concluir el viaje en el plazo y por el camino que señale el contrato.

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

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

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

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

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

Es preciso distinguir: si existe carta de porte o carta-guía debe

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

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

El contrato que estudio tiene, no sobra repetirlo, una característica sui generis que es preciso recalcar y que por consiguiente no se encuentra en ningún otro contrato: es la de poder ser resuelto (el Código usa, impropiaemente, el término "rescindible"), después de perfeccionado el acto jurídico y antes de su completa realización de una manera unilateral por parte del cargador, remitente o consignante. Es claro que desde el momento en que la ley le está otorgando al cargador una opción para desistir por su sola voluntad de la ejecución completa del contrato, no puede el porteador obligarlo a la entrega de las mercaderías; pues si ésta no se realiza, debe entenderse en aquél la intención de aprovecharse de la opción consagrada por la ley.

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

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

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

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

No sobra indicar, cómo si el consignante tiene la facultad de resolver el contrato antes de empezar la conducción, no sucede lo propio con el porteador puesto que ella es precisamente su principal obligación y el incumplimiento de ésta, daría al primero, no sólo el derecho de pedir la resolución del contrato con la consecuente abstención de pagar alguna cantidad por el porte estipulado, sino además el poderle exigir la indemnización de todo daño y perjuicio que justificare haber sufrido.

Como única excepción a esta tesis existe el caso fortuito (previsto en el artículo 268 del Código de Comercio) acaecido antes de empezar la conducción y que imposibilite al porteador para cumplirla, siempre que al caso fortuito no haya precedido un hecho o culpa de éste; esta excepción es lógica y concordante con la regla general de que el caso fortuito en cuya producción no se tuvo ninguna participación, exonera de la obligación.

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

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, podemos enunciar la siguiente regla: el porteador no puede exigir del cargador la entrega de las mercaderías para su conducción por cuanto éste puede resolver unilateralmente el contrato; mas el consignante sí puede exigir del porteador que empiece la conducción de las mercaderías (con la sola excepción prevista en el artículo 268 del Código de Comercio) como quiera que es esta la obligación que configura el contrato de transporte.

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

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

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

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

Debemos aseverar que en el caso propuesto se siguen las normas generales que sobre el cumplimiento de las obligaciones trae el Código Civil colombiano, de modo que, como se trata en el contrato de trans-

porte de la entrega de cuerpos ciertos, debe ella hacerse en el lugar donde existan éstos.

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

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

Todo lo dicho debe entenderse tal, si el contrato se ha celebrado con un empresario particular de transporte, pues si ha sido con un empresario público de conducciones y no se ha fijado el tiempo de entrega en el indicado documento, ya hemos visto que se halla acondicionado por el primer viaje que emprenda el porteador, oportunidad que debe ser conocida del consignante en virtud de la publicidad del itinerario de la citada empresa.

Tercera. - En este tercer numeral podemos encerrar las restantes obligaciones numeradas con excepción de las que dicen relación a la entrega al consignatario de las mercaderías conducidas, porque él se concatena con el modo como debe cumplirse la natural obligación del contrato a que me estoy refiriendo: la de conducir. Trataré de estudiar con el detenimiento debido el aspecto propuesto, ya que me encuentro en la parte más empírica y casuista del Código, plagada de textos contradictorios y en veces absurdos, bien por lo excesivamente gravoso que

hace el contrato para una de las partes que en él intervienen, ora por la manera de estructuración de la prueba que deja a uno de los contratantes casi en absoluta imposibilidad para aportar la prueba que haga valer sus derechos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Podría parecer casuista esta forma de estudiar la responsabilidad, relacionándola con los diversos aspectos del contrato como si toda ella no fuera una sola, derivada de una única fuente; pero me veo precisado a hacerlo en la forma que dejo expuesta porque si bien la responsabilidad es una, tiene ella muy diversas y diferentes manifestaciones que es preciso analizar y porque nuestro Código de Comercio es en la regulación del contrato que estudio, demasiado casuista, reglamentario si se me permite la expresión, lleno de detallitos pequeños que hacen del transporte un verdadero juego de responsabilidades en donde por simples acciones —muchas veces demasiado pequeñas para advertirlas— puede uno de los contratantes eximirse en mayor o menor grado de la responsabilidad que le compete.

Ojalá, ahora cuando está funcionando la Comisión encargada de estudiar el Código —que es ya bastante anticuado en muchos aspectos— para introducirle las reformas que aconseje la época actual, inmensamente más compleja y desarrollada que aquella en que se expidió, se hiciera más científico el contrato de transporte mediante principios ge-

nerales, sin tanta profusión de detalles, volviéndolo más equitativo, pues veremos cómo mientras algunas disposiciones permiten para un porteador un enriquecimiento sin causa alguna justificativa —como no sea la ley, lo que es absurdo— otras lo permiten para el consignante siendo, en ambos casos, antijurídico e ilógico.

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

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

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

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

Pero, si no se trata de ninguno de los casos estudiados, qué vía debe emplear el porteador? En este caso en todo contrato, hay que cumplir las disposiciones del mismo; de tal modo que, si en la carta de porte o carta-guía que es el título apto para justificar la existencia y

condiciones del contrato, se ha determinado la vía que debe emplearse, se atenderá a lo que se exprese en dicho documento, sin que le sea permitido a quien verifica la conducción variar unilateralmente el camino, pues ello le acarrea la responsabilidad especial que paso a estudiar. Lo dicho se conforma plenamente con la norma general del artículo 1602 del Código Civil, según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”.

Y si en el contrato no se ha fijado la vía y no se trata de ninguno de los casos expuestos? Dice así el artículo 292 del Código de Comercio:

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

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

Ya vimos que el porteador posee, respecto de las mercaderías que conduce, la calidad de depositario; como tal, está obligado a conservar esas mercancías, es decir, a entregarlas sin ningún deterioro. Si, siguiendo la disposición del artículo 292 copiado, prevé el porteador que los objetos a él confiados pueden sufrir alguna avería o deterioro, lo que se evitaría empleando un camino más extenso, podría, desatendiendo la disposición aludida, escoger la vía más larga, con el consiguiente retardo en el tiempo de entregar las mercancías?

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

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

recto) y un ferrocarril (que es una vía más larga y por consiguiente más dispendiosa).

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

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

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

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

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

Ahora bien: si se deduce del estudio de la carta-guía o de la forma como fue celebrado el contrato por no existir ésta, o de la naturaleza de los objetos conducidos que sufriendo el consignatario retardo en recibir dichos objetos no se causa por ese hecho ningún perjuicio y en cambio sí se ha empleado un mayor coeficiente de seguridad en la

conducción, es para mí evidente, que no se le puede exigir responsabilidad alguna al porteador, pretextando el no cumplimiento del mandato contenido en el artículo 292 de nuestro Código de Comercio. Aceptar esta hipótesis, sería propiciar un abuso del derecho que traería un enriquecimiento donde no hubo perjuicio económico alguno.

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

Otro motivo de responsabilidad para el porteador —en relación con la vía a seguir— lo constituye la variación voluntaria que haga de ella, cuando se encuentra convenida. A este respecto dice el artículo 293 del Código de Comercio: "La variación voluntaria de la ruta convenida hace responsable al porteador, tanto de la pérdida, faltas o averías, sea cual fuere la causa de que provengan, como de la multa que se hubiere estipulado".

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

contenida en el artículo 292 —ya estudiada— la pertinente para regular las relaciones de las partes contratantes.

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

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

Aún podemos señalar otro caso de opción para la elección de la vía por parte del porteador, aunque ésta se encuentre convenida de una manera expresa en la carta-guía; mas se trata ya, no de la variación espontánea que acabo de estudiar, sino de aquella que se hace por la sobrevinencia de un obstáculo de fuerza mayor ajeno por completo a su voluntad. Dice el artículo 294 del Código que estudio:

“Si después de comenzado el viaje sobreviniere un obstáculo de fuerza mayor, el porteador podrá rescindir el contrato, o continuar desde luego el viaje por otra ruta o por la designada después de removido el obstáculo.

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

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

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

No creo que se justifiquen las excepcionales ventajas que por esta disposición se le otorgan al porteador, ventajas aún más excepcionales que lo primeramente imaginado, si consideramos que cabe, podemos decir que exclusivamente al porteador la estructuración de la prueba so-

bre el acaecimiento de la fuerza mayor, quedando casi absolutamente imposibilitado el cargador para aducir contra-pruebas que desvirtúen el hecho alegado por el porteador.

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

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

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

El segundo inciso de la disposición últimamente transcrita consagra asimismo para el porteador una ventaja indebida ya que lo faculta

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

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

El tercer inciso del art. 294 de nuestro Código de Comercio, consagra otro anacronismo que no tiene razón de ser. Si la fuerza mayor liberta al obligado, si el porteador puede cobrar el recargo de porte cuando cumple su obligación por una ruta más larga y costosa que la fijada, si desde el momento en que ocurre la fuerza mayor el porteador queda libre de cumplir su obligación de conducir, conducción que verifica de una manera voluntaria después de removido el obstáculo sin que nada jurídicamente lo obligue a ello, qué razón existe para que no pueda cobrar un recargo justo en el valor del porte, por el retardo sufrido en espera de la remoción del obstáculo? Estos son casitos particulares que regula el Código, detallitos en que la Comisión Reformadora debe fijarse para hacer una ley más general y más técnica, sin dejar en unos casos desamparado al consignante y en otros imponiéndole al porteador obligaciones desde todo punto de vista excesivas.

b) *Responsabilidad por la Conservación de las Mercaderías.* - Dijimos antes que el hecho de la conducción entraña forzosamente un período de tiempo durante el cual el porteador tiene que vigilar, responder por la conservación de las mercancías; y dijimos antes también, que por este nuevo factor de responsabilidad es por lo que aquél posee el

carácter de depositario de acuerdo con el Código Civil. Pero, sí tendrá realmente el porteador el carácter de depositario?

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

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

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

“El depósito propiamente dicho es gratuito.

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

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

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

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

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

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

Entrando de lleno en la responsabilidad que incumbe al porteador en relación con pérdidas y averías de las mercancías, ella no presenta mayores dificultades; en el primer caso —el de pérdida— el porteador debe pagar el valor de ellas por el precio que tengan en el día y lugar en que debió verificarse la restitución, es decir, la entrega al consignatario.

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

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

Existe otro caso especial en el aspecto que me ocupa y es cuando

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

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

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

El art. 306 del C. de Co. dice en su letra: "El porteador responde de la culpa grave y leve, en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte.

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

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

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

extiende hasta la culpa leve en el cumplimiento de sus obligaciones de recibir, conducir, conservar y entregar los objetos a él confiados.

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

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

Se justifica la existencia de la presunción que analizo?

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

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

“Los billetes impresos que entregan los empresarios con cláusulas limitativas de su responsabilidad a una determinada cantidad, no

los eximen de indemnizar cumplidamente a los pasajeros y cargadores las pérdidas que justificaren haber sufrido”.

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

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

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

Ha dicho la jurisprudencia nacional que la presunción consagrada en el artículo 306 sólo tiene validez en cuanto a la responsabilidad pecuniaria establecida en la cláusula limitativa y de ahí en adelante entra a operar la disposición del artículo 8º de la ley 52 de 1919 que invierte la carga de la prueba.

Pongamos un ejemplo para entender mejor la interpretación jurisprudencial: si con un empresario público de transportes se envía una carga por \$ 20.000.00 y en la carta-guía, recibo o conocimiento que otorga el empresario existe una cláusula expresando que la empresa sólo responde hasta por \$ 10.000.00 y la carga entregada se pierde en su totalidad, se presume la culpabilidad del porteador y el consignante puede cobrarle por el solo hecho de la pérdida sin necesidad de aportar otra prueba, la cantidad que figura en la cláusula limitativa de su responsabilidad (hasta \$ 10.000.00 en el caso propuesto), más en lo que los perjuicios excedan de lo expresado en la cláusula limitativa (los \$ 10.000.00 restantes, en el ejemplo anotado) toca al consignante la carga de la prueba.

Conviene anotar, sin embargo, que la jurisprudencia referida no

ha sido constante y, por el contrario, existe también en el sentido de hacer de cargo del porteador la exoneración de toda culpabilidad cualquiera sea el valor de la mercadería y aunque él exceda de lo previsto en la cláusula limitativa. Adelante me permitiré transcribir alguna jurisprudencia en tal sentido.

d) - *Responsabilidad especial*: Existe dentro de la legislación colombiana un caso particular de responsabilidad, consagrado en el artículo 295 del Código de Comercio; dicho texto dice:

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

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

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

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

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

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

f) - Cabe ahora el estudio de dos casos particulares establecidos por el Código, de los cuales el primero ocurre cuando el cargador contrata, no el envío de una mercancía, sino la traída de ésta “al domicilio del cargador” dice la Ley, pero me parece que no tiene que ser precisamente a dicho domicilio.

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

1º - Que el cargador, o su comisionista, no le ha entregado las mercancías ofrecidas;

2º - Que a pesar de sus diligencias no ha conseguido otra carga para el lugar de su procedencia.

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

En efecto: Entre consignante y porteador existe un contrato puro y simple, por el cual el último se compromete con el primero a traerle de determinado lugar cierta mercancía; esta es su obligación pura y simple: Qué razón de principios o qué regla jurídica existe para sostener que la ejecución del contrato esté supeditada a la sola voluntad de una

de sus partes (el porteador) si éste —a pesar de sus diligencias— no logra conseguir carga para el lugar de su procedencia?

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

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

Responsabilidad por retardo: El segundo caso particular a que he hecho alusión, se refiere a la responsabilidad del porteador en relación con la multa estipulada para el caso de retardo en la entrega de las mercaderías.

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

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

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

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

de los contratantes—, y es, salvo pacto expreso, incompatible en su exigibilidad con la indemnización de perjuicios (artículos 1599 y 1600 del Código Civil).

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

En mi sentir es errado e inconveniente el establecimiento en forma imperativa legal de la cláusula penal, pues creo que las obligaciones accesorias que obran como medios coercitivos para dar un mayor margen de seguridad en la ejecución de los contratos, deben dejarse —como sucede en el Derecho Civil— a la iniciativa privada ya que el ordenamiento jurídico general se garantiza suficientemente con la acción que tiene el contratante para exigir indemnización de todos los perjuicios que se le hayan causado con el incumplimiento de la obligación correlativa a su derecho.

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

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

Ya dije cómo al contrario de lo que sucede en el campo civil,

el el comercial la exigencia de la cláusula penal no excluye la exigibilidad de la obligación y de toda clase de perjuicios que el demandante acredite haber sufrido (inciso 3º, artículo 305, Código de Comercio).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

que a otro y pudiendo pactar la responsabilidad que a bien tengan, en cada caso particular.

En relación con la cláusula limitativa de la responsabilidad es muy importante distinguir dos aspectos fundamentales de ella a los cuales ya he hecho alusión: es el primero lo concerniente a la validez o invalidez de la cláusula limitativa, y lo segundo dice relación a la inversión o no inversión de la carga de la prueba.

En el primer aspecto propuesto nuestra jurisprudencia y los varios comentaristas están conformes en aseverar la absoluta nulidad de tal cláusula; mas en lo que atañe al aspecto probatorio del valor excedente al estipulado en la cláusula a que me refiero, la jurisprudencia ha sido muy variada sosteniendo en veces que dicha cláusula sí comporta una inversión de la carga de la prueba, y en otras —las más de las veces— que no implica tal inversión. También los comentaristas difieren grandemente con relación a este punto.

En sentir de algunos el artículo 8º de la ley 52 de 1919, ya copiado, tiene su origen en la ley francesa de 17 de marzo de 1905 conocida con el nombre de "Ley Rabier" la cual estableció la prohibición de la referida cláusula.

La estipulación a que me refiero es más o menos del siguiente tenor: A menos de una declaración en contrario hecha expresamente por el consignante, en la parte principal de este documento se entenderá, y así queda expresamente convenido entre las partes, que el valor de cada bulto o unidad transportada no excede de (generalmente se pone una suma demasiado exigua, como \$ 50.00, o \$ 100.00, o \$ 200.00) y hasta por esa cantidad indemnizará la compañía en caso de pérdida o avería. En caso de que el valor de cada bulto o unidad de transporte exceda de dicha cantidad y exista la declaración respectiva hecha por el consignante, la compañía liquidará y el consignante aceptará, el flete liquidado al tipo de la tarifa corriente, más una prima adicional del dos por mil sobre el valor declarado, siempre que se compruebe su culpa. En todo caso de pérdida o avería se exigirá la presentación de los documentos comerciales que acrediten el costo de la mercancía.

Conviene observar que tal cláusula es internacionalmente standard y se la encuentra en todos los documentos que expiden las grandes compañías transportadoras extranjeras y también las compañías nacionales.

El artículo 329 del Código de Comercio colombiano y el 8º de la

ley 52 de 1919 ya copiados, son de por sí claros y no dejan lugar a duda sobre la nulidad de la estipulación a que me refiero.

Sin embargo, los empresarios han tratado de hacer una interpretación en mi sentir forzada, para sostener la validez de tal cláusula no obstante lo absoluto de las disposiciones citadas.

Afirman que las estipulaciones semejantes a la que he puesto de modelo, no son en sí propiamente limitativas de la responsabilidad sino cláusulas penales, y que éstas son perfectamente legales al tenor del artículo 1592 de nuestro Código Civil.

Tal disposición reza: "La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

Juzgo forzada e inaceptable la teoría dicha porque es evidente que no es lo mismo cláusulas penales y cláusulas limitativas, y que estos términos no son sinónimos.

La jurisprudencia ha establecido la diferenciación existente entre ambas especies de cláusulas cuando ha dicho que en la llamada penal se estipula una suma fija e invariable para asegurar el cumplimiento de la obligación; hay en ella exacta fijeza en el guarismo determinado; se dice, por ejemplo, \$ 50.00, o \$ 100.00, o \$ 200.00 sin que al hacerla efectiva pueda haber lugar a alzas o deducciones de ninguna clase.

En cambio, cuando de la cláusula limitativa se trata, entonces lo convenido es hasta una suma determinada; se señala un máximo sujeta siempre a deducciones. Se dice, por ejemplo, que la compañía responde en caso de extravío de la mercadería por un valor hasta de \$ 50.00, o hasta de \$ 100.00, o hasta de \$ 200.00, o que no exceda de dichas cantidades y bien puede suceder que en un caso particular los perjuicios causados al cargador o al consignatario, según el caso, no alcancen a dicha suma y de consiguiente la cantidad a reembolsar es inferior al valor fijado en la cláusula limitativa. Por ello, ésta se halla sujeta a variaciones, lo que no sucede con la cláusula penal.

Esta diferencia es por sí suficiente para señalar como diversa la esencia de ambas cláusulas y por ello rechazar la similitud que se ha pretendido establecer.

Si bien es claro que las cláusulas penales son perfectamente valederas de acuerdo con el texto civil mencionado, no lo es menos que también tienen el mismo valor legal las cláusulas limitativas por virtud de las disposiciones comerciales.

Para ilustrar más la cuestión a estudio me parece oportuno trans-

cribir alguna doctrina de expositores y jurisprudencia americana, basada sobre disposiciones muy semejantes a las consagradas por la legislación colombiana.

El Código de Comercio argentino trae el siguiente inciso del artículo 204: "Los reglamentos o estipulaciones de las empresas que hubieren ofrecido sus servicios al público excluyendo o limitando las obligaciones y responsabilidades impuestas por este Código, serán nulas y sin ningún efecto".

El doctor Carlos C. Malagarriga comentando tal disposición afirma lo siguiente en las páginas 409 y 410 del tomo primero de su obra: "Las Cláusulas de irresponsabilidad. La segunda parte de nuestro artículo, que por referirse a toda clase de transporte, debió figurar aparte, decide netamente una cuestión muy controvertida en el derecho europeo y en especial, en el derecho francés, y la resuelve en un sentido justo si se tiene en cuenta que las cláusulas de irresponsabilidad serán, de existir, no el resultado de un convenio libre de voluntades iguales, sino una imposición de las empresas realizadas valiéndose de su situación".

La jurisprudencia de dicho país ha dicho que "Las empresas responden del equipaje recibido por el valor que se justifique, en caso de pérdida. Los reglamentos de la empresa, aun aprobados por la autoridad competente, carecen del valor legal en cuanto contraríen el Código de Comercio. Si el justo valor de los objetos extraviados no puede ser justificado, procede juramento estimatorio. (Cám. Com., Tomo 81, página 302)".

El doctor Ramón S. Castillo en el Curso de Derecho Comercial dictado en la Facultad de Buenos Aires, expresa lo siguiente refiriéndose al inciso segundo del artículo 204 del Código de Comercio argentino, ya transcrito: "Fundamento de la prohibición. Las estipulaciones por las que se excluye o limita las obligaciones y responsabilidades impuestas por el Código a las empresas de ferrocarriles, salvo las indicadas en los puntos precedentes, son de ningún valor (artículo 204 del Código).

"En general las convenciones limitativas de la responsabilidad son válidas cuando no dejan sin efecto la responsabilidad por el dolo o la culpa grave.

"Empero, tratándose de empresas que ejercen un monopolio —como lo ejercen de hecho entre nosotros las empresas de ferrocarriles— la convención que ellas propusieran limitando su responsabilidad, tendría que ser aceptada necesariamente por los que no pudieran prescindir de ese medio de transporte. Las empresas harían la ley a este res-

pecto. Para evitar abusos de esa naturaleza se ha considerado conveniente prohibir tales convenciones.

"Ventajas o inconvenientes. - La prohibición es discutida en la doctrina, porque si bien consulta el interés general al hacer una causa posible de abusos y de perjuicios, por otra parte agrava considerablemente la responsabilidad de las empresas, por lo cual éstas deben imponer a los cargadores una contribución mayor, para cubrir el riesgo que no pueden eludir.

"Lo que ocurre en la práctica. - A pesar de la prohibición de la ley, en la práctica se establecen comúnmente las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad, en la carta de porte, o al recibir la carga; pero invariablemente se las ha declarado nulas cuando se ha pretendido hacerlas valer en juicio.

"Sin embargo, algún beneficio han de significar para las empresas, porque subsisten en la práctica de este contrato".

Otro tratadista extranjero, el profesor Gabriel Palma Rogers, de la Universidad de Chile, en su obra "Derecho Comercial", tomo II, página 30, dice lo siguiente:

"El artículo 299 se refiere al valor que pueden tener ciertas cláusulas limitativas de la responsabilidad del porteador que suelen figurar en los mismos billetes impresos que entrega la empresa y así dice:

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

"Suelen encontrarse en las boletas de carga, cartas de porte, y aun en los reglamentos de estas empresas, disposiciones que en ciertos casos limitan la responsabilidad de estas últimas, cualquiera que sea el valor de la cosa porteada, a una determinada suma (por ejemplo \$ 50).

"Pues bien, en conformidad a esta disposición del Art. 229, esas cláusulas no tienen valor y, para los efectos de la responsabilidad del porteador, habrá sencillamente que aplicar las disposiciones pertinentes que ya hemos visto. A este respecto hay una sentencia muy interesante de la Corte Suprema que nos evita el entrar en mayores explicaciones sobre este punto, porque en ella se hace un análisis muy detenido y prolijo de estas disposiciones, especialmente de los arts. 220, 224 y 228 del C. de C., y 48 de la Ley de Policía de F.F. C.C., de 1862, que figura con el N° 94 en la ley actualmente en vigencia.

Esta sentencia es de fecha 9 de agosto de 1898, fue dictada en un juicio de Martínez Hnos. con la Empresa de los F.F. C.C. del Estado,

y fue publicada en la Gaceta de los Tribunales de 1898, Tomo II, pág. 179, N^o 171.

“*Resumen:* - Los señores Martínez demandaron a la Empresa de los F.F. C.C. del Estado porque las mercaderías que enviaron se extraviaron y no se las entregaron, pidiendo que se les reembolsara su valor con indemnización de perjuicios. La empresa se exceptuó alegando que el accidente había ocurrido por causa imprevista (algunos animales habían entrado a la vía y la locomotora se había volcado siendo que ésta tiene la obligación de cerrar la vía) y que a pesar de haberse puesto policía al cuidado de las mercancías éstas se habían perdido en medio de la confusión y que aun en el supuesto, la empresa estaba libre de responsabilidad desde el momento que había empleado la debida diligencia, y como se trataba de bultos cuyo contenido no había sido manifestado, su responsabilidad estaba limitada a \$ 50. La sentencia de primera instancia condenó a la Empresa a pagar sólo \$ 50 por bulto; pero la Corte Suprema revocó este fallo y entre otros considerandos dijo: que el porteador está obligado a la custodia de las mercaderías....., que la pérdida se presume por culpa del porteador a menos que pruebe caso fortuito, que el artículo contiene una excepción que sólo se refiere a joyas, dinero u otros efectos de gran valor y pequeño volumen....., que la Ley de Policía de Ferrocarriles consagra principios análogos....., etc. Con el mérito de todas estas consideraciones dio lugar a la demanda y condenó a la Empresa al pago del valor total de las mercaderías, previo informe pericial”.

No obstante la certeza de la doctrina y la jurisprudencia en los países mencionados, parece que en ellos podría llegar a aceptarse esas cláusulas eximentes de responsabilidad por parte del porteador, respecto de sus hechos propios o de los de sus empleados, que comporten culpa leve o levisima, pero no de los que se traduzcan en culpa grave o dolo.

Nuestra jurisprudencia sí ha sido más clara y uniforme en sostener la nulidad de tales cláusulas. Me permito transcribir a continuación apartes de providencias en que se han analizado tanto lo relativo al valor de la cláusula limitativa, como lo relativo a la inversión o no de la carga de la prueba.

En el juicio ordinario de Carlos J. Abusaid contra la Naviera Colombiana, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, dictó el siguiente fallo que fue confirmado por el Honorable Tribunal Superior:

“*PERJUICIOS.* - El porteador no puede exonerarse de responsa-

bilidad por las faltas, averías y retardos en el contrato de transporte sino con la demostración positiva del caso fortuito.-(Inciso 3^o del Art. 306 del C. de Comercio Terrestre, y 105 del C. de Comercio Marítimo)-. Se dirá que el inciso primero del Art. 306 C. T. sólo lo hace responsable de la culpa grave y leve y que demostrando el grado de diligencia abstracto, correspondiente a estas culpas específicas se descarga de responsabilidad. Para el Juzgado no es así. El inciso 3^o consagra un principio rígido de responsabilidad. No sólo hay que demostrar el caso fortuito sino también que el deudor ha tenido el cuidado y diligencia necesario para evitar el accidente o modificar los efectos del mismo.

“Es una solución en extremo rigurosa, que algunos tratadistas critican por ser demasiado estricta para el deudor. Exigen tales disposiciones a más de la prueba positiva del caso fortuito, la prueba negativa de ausencia de falta. Así las cosas, la culpa grave y leve a que se refiere el inciso primero y la presunción del inciso segundo del mencionado artículo, juega para demostrar la conducta del deudor anterior y posterior al caso fortuito.

“Conclúyese que en la prueba del caso fortuito y la diligencia anterior y posterior a él, la prueba que exonera de responsabilidad. En el caso de autos no se ha demostrado hecho alguno que equivalga a la fuerza mayor, elemento indispensable de exoneración y por lo tanto Naviera Colombiana es responsable de la pérdida total de los bultos faltantes.

“*PREVISION DE PERJUICIOS.* - A este respecto el apoderado de la entidad opositora, en síntesis, manifiesta que las cláusulas limitativas de responsabilidad y las penales en el contrato de transportes, son válidas a pesar del Art. 329 del C. de C. T. adicionado por el Art. 8^o de la Ley 52 de 1910 según el Art. 11 de la misma.

“Al efecto transcribe los conceptos de tratadistas como Planiol y Ripert y sus colaboradores, según los cuales los Arts. 1150 y 1151 del C. Civil Francés, igual a nuestro Art. 1616; como es obvio se refiere a la fijación previa del monto de la indemnización y no a la causa o naturaleza de la responsabilidad. Transcribe —además— algunos apartes de los anteriores autores y de los tratadistas Josserand y Ripert, para demostrar que las cláusulas limitativas de responsabilidad y las penales en los contratos de transportes son válidas.

“La cláusula penal se diferencia de la cláusula limitativa de responsabilidad, en que la primera determina una cantidad fija como indemnización, cantidad que no podrá disminuirse aun cuando el daño real sea inferior y la limitativa fija un máximo cuya cantidad puede

rebajarse si el daño real es inferior. Indudablemente en Francia, a pesar de la llamada Ley Rabier, expedida el 17 de marzo de 1905, tales cláusulas tienen valor.

“Pero es que la diferencia de la Ley Rabier a nuestra legislación, es grande. Para evidenciarla basta considerar: Se estimó en Francia hasta el año de 1874 que las cláusulas de no responsabilidad eran nulas, por cuanto eran contrarias al orden público al fomentar la negligencia del porteador. Luego y siempre reconociendo que las cláusulas de no responsabilidad no volvían irresponsable al porteador, dijo la Jurisprudencia Francesa con una mala interpretación, que ellas sólo invertían la carga de la prueba. Para llegar a esta conclusión se valieron de un raciocinio falso, al parecer de muchos tratadistas, criterio jurisprudencial que no es el caso de analizar aquí. Los comerciantes reaccionaron contra esta arbitraria interpretación de la jurisprudencia sobre las cláusulas de no responsabilidad, alegando que invertir la carga de la prueba era tanto como consagrar la irresponsabilidad del porteador, ya que ellos no viajaban con la mercancía y les era imposible comprobar falta alguna a cargo de aquél.

“Fue cuando se expidió la Ley Rabier, para aclarar el valor de tales cláusulas y agregó un inciso tercero al artículo 103 del Código de Comercio Francés, el cual quedó así: “El Porteador es responsable de la pérdida de los objetos transportados, excepto el caso de fuerza mayor. (Primer inciso). Es responsable de las averías que no provengan de un vicio propio de la cosa o de fuerza mayor. (Segundo inciso). Toda Cláusula inserta en toda carta de porte, tarifa u otra pieza cualquiera es nula”. (Inciso tercero, agregado por la Ley de 1905).

“Se tiene así que en Francia las cláusulas limitativas y penales no fueron anuladas sino las de no responsabilidad. Es decir, fueron anuladas aquellas cláusulas que estatúan sobre la responsabilidad del porteador, en cuanto se referían a la naturaleza o causa de esta responsabilidad pero no aquéllas que se referían al monto de la indemnización.

“Debe tenerse en cuenta que la cláusula de no responsabilidad significa que no es responsable de las faltas imputables porque de las que no lo son, exonera la ley.

“Por eso la Jurisprudencia Francesa en cierta época, y aunque erradamente, interpretó que esas cláusulas sólo indicaban que el cargador o consignatario, debían probar la falta imputable al porteador y la Ley de 1905 la anuló, preceptuando que el porteador para liberarse de responsabilidad de la pérdida de las mercancías debe demostrar

fuerza mayor y de las averías de las mismas, vicio propio de ellas o fuerza mayor, declarando nula toda cláusula en contrario.

“Nada tiene que ver la anterior prohibición con las cláusulas limitativas y penales.

“Entre nosotros existe tanto la prohibición de variar la legislación sobre las causas y modo de incurrir el porteador en responsabilidad en el contrato de transporte, como estipular sobre el monto de la indemnización.

“En efecto, el artículo 329 del Código de Comercio Terrestre se refiere de manera expresa a las cláusulas de máximun o limitativas de responsabilidad. Luego esta prohibición fue adicionada de manera general y para toda clase de empresarios públicos de transporte y por el artículo 8º de la Ley 52 de 1919, según el artículo 11 de la misma. Esta última disposición prohibió de manera categórica las cláusulas que limitan los deberes o responsabilidades que tenga el porteador, según las leyes. Es decir, anuló estipulaciones como las siguientes: inversión de la carga de la prueba, ya que es deber u obligación del porteador, probar caso fortuito para exonerarse según la ley; que el porteador no es responsable de la culpa leve; que el porteador se liberará con la sola prueba negativa de falta de culpa imputable, etc., etc. Son estas las mismas cláusulas que la Ley Rabier anula.

“Pero como ya se dijo, entre nosotros, a más de consagrarse esa nulidad, se anulan también las cláusulas de máximun según vimos ya, por el artículo 329 del Código de Comercio Terrestre adicionado por el artículo 8º de la Ley 52 de 1919.

“Dedúcese de todo lo anterior que las cláusulas de máximun y la cláusula de variación de la carga de las pruebas son nulas. Estas últimas no tienen tampoco valor en Francia, en el transporte terrestre, pues, se vio que *los comerciantes* reaccionaron por la interpretación que la Jurisprudencia hacía en este sentido, porque prácticamente equivalía a dar valor a las cláusulas de no responsabilidad por la dificultad de la prueba. A subsanar este estado de cosas vino la Ley Rabier (similar en el fondo a la disposición del artículo 8º de la ley 52 de 1919), que consagró de manera positiva la nulidad de tales cláusulas.

“La cláusula XVII del conocimiento no parece ser una cláusula penal jurídicamente, como lo sugiere el ilustre apoderado de la Naviera Colombiana. La cláusula limitativa es justamente aquella que fija un máximun, como lo determina claramente la cláusula XVII, matiz que la diferencia de la cláusula penal. Que se hubiera agregado la condición de que Naviera no responde sino hasta cien pesos por bulto, en

caso que no se declare el valor de las mercancías, es más bien la indicación de los casos en que se aplica dicha cláusula, es decir, su significación es la siguiente: se declara el valor, no juega la cláusula limitativa; no se declara el valor, tiene aplicación la cláusula mencionada.

“Se dice que estas cláusulas tienden a salvaguardar los intereses del porteador cuando los cargadores no denuncian la naturaleza y calidad de las mercancías, porque sería injusto que se le hiciese responsable de un valor que no pudo preverse al tiempo del contrato. A esto se observa que la legislación común prevé este caso en el artículo 1616 del Código Civil, limitando la indemnización a los perjuicios que pudieron preverse al tiempo de pasar la convención.

“No dando valor a las cláusulas XVII y III del conocimiento, no es el caso de entrar en el estudio de los contratos llamados de adhesión, forma contractual por medio de la cual se estipularon esas cláusulas en el contrato de autos...”

Por contener un buen estudio de los puntos a que me refiero, y como otra demostración de la última orientación de la jurisprudencia nacional, me permito insertar algunos apartes del fallo proferido en la segunda instancia por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Barranquilla, en el juicio instaurado por Compañías Unidas de Transportes S. A. contra la Naviera Colombiana.

El fallo de primera instancia fue proferido por uno de los Juzgados Municipales de Barranquilla, pero me abstengo de referirme a él, aunque fue confirmado por el H. Tribunal Superior, por considerarlo carente de miramientos de cultura y delicadeza.

La sentencia del Tribunal a que me refiero, expresa lo siguiente:

“Estas disposiciones enmarcan los deberes en lo que respecta a la responsabilidad y la consiguiente obligación u obligaciones que ha de cumplir o se le han de deducir al porteador. Ahora bien, los contratos que elaboran e imponen las empresas transportadoras en sus conocimientos de embarque son los denominados *de adhesión*, en que una de las partes interviene aceptando sin previa discusión con la otra lo que ésta ya ha estipulado como más conveniente a sus intereses. Son, pues, contratos sui-géneris en los cuales no le es dable a quien contrata con la empresa discutir las cláusulas ya impresas en los respectivos tiquetes, billetes, conocimientos, etc., que son entregados a quien va a contratar. Claro está, que esta forma tan rara de pactar ocasionó o determinó el abuso desmedido de quien podía sin cortapisa alguna imponer las cláusulas que favorecieran sus intereses con mengua o menoscabo de los legítimos intereses o derechos de la otra parte que en

desfavorables condiciones pactaba. Era el predominio del más fuerte en perjuicio de los que necesitaban transportar sus personas o sus mercaderías de un lugar a otro, ocasionando así ventajas que enriquecían a una de las partes y desventajas que ocasionaban el empobrecimiento de la otra. Eran contratos en que en verdad no había acuerdos de voluntades; más claro todavía, no hay acuerdo de voluntades. Esta situación que en forma repetida sucedía vino a atemperarla o a acortarla el legislador del año 19, quien en la ley 52 de ese año, extirpó el abuso de una de las partes en lo que respecta a los contratos de transporte. Dice así el artículo 8º de dicha ley: “En los reglamentos, conocimientos de embarques o billetes que expidan los empresarios públicos de transportes, no podrán hacer figurar cláusula alguna limitativa de sus deberes o de la responsabilidad que tienen según las leyes; y aunque las haga constar, no por eso quedarán exentos de indemnizar a los cargadores con las pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos”.

Los partes tiene la disposición transcrita: la primera prohíbe a los empresarios públicos de transporte hacer figurar cláusula alguna limitativa de sus deberes o de la responsabilidad que tienen según las leyes que en este caso no es otra que la ley del comercio, artículo 306 y sus concordantes; y la otra es la de que no obstante figurar en los conocimientos de embarque, billetes, etc., que expidan los empresarios de transportes, no por eso quedarán exentos de indemnizar a los cargadores por las pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos. “El caso de autos se enmarca en esta segunda parte de la disposición. Compañías Unidas de Transportes ha comprobado, por propia confesión de Naviera, la pérdida sufrida de un bulto de camisas. Sostiene la entidad demandada que esa sobretasa o recargo en el valor del flete no lo hace a título de transportadora ‘sino de aseguradora’ y que por lo tanto su cláusula III del conocimiento de embarque no es limitativa. Las mercancías se aseguran contra el riesgo en los casos fortuitos o fuerza mayor, estampa el señor procurador de la entidad demandada, los cuales no son de cargo del porteador según la ley y que el asegurar el comerciante su carga es asunto absolutamente voluntario; pero que es inmoral “exigir a un comerciante que asegure su mercancía para defenderse de la negligencia, descuido, mala fe o maniobras criminales de los empleados del porteador. El día que se interprete la cláusula III de los conocimientos de embarque de Naviera como esta empresa quiere interpretarlos ahora, habrá un incentivo poderoso para que los empleados de Naviera “dejen extraviar la mercancía”, ya

que ésta por un bulto de cuatro o cinco mil pesos no pagará, y a su turno no cobrará al subalterno responsable, sino doscientos pesos. El negocio es fantástico”.

En relación con el recargo de que se viene hablando y que aparece en la cláusula III de los conocimientos de embarque de Naviera, se encuentra el Decreto 1976 de 1940 en que se prohíbe hacer un cliente de mejor condición que a otro, como también preceptúa uno de los artículos de ese mismo Decreto que las tarifas, se refiere a los fletes, han de ser aprobadas previamente por el Gobierno.

Lo anterior para indicar que la cláusula III del conocimiento de embarque de Naviera es por demás una cláusula limitativa de los deberes o de la responsabilidad que el porteador tiene según la Ley. Que la segunda parte de la cláusula III que se refiere a la sobretasa en los fletes, en manera alguna exonera al porteador de las cargas que la Ley 52 de 1919 le impone en su artículo 8º en relación con el 306 del C. de Comercio y sus concordantes.

No está demás advertir que el artículo de la ley 52 de 1919 es una ampliación o desarrollo del principio contenido en el artículo 329 de nuestro Código de Comercio Terrestre. La Ley panameña de 1915 está concebida en términos casi idénticos al artículo 8º de la ley 52 de 1919 y la cual fue el desarrollo de la disposición del Código panameño de comercio (Anales de legislación panameña de J. P. Arias, 1942, primera edición, página 78)”.

Aparece claro a la luz de nuestras disposiciones legales, y de acuerdo con la orientación jurisprudencial, que en Colombia las cláusulas limitativas de la responsabilidad acostumbradas en los respectivos documentos por los empresarios públicos de conducciones, no tienen valor legal alguno.

“Como conclusiones de lo afirmado, pueden deducirse las siguientes:

a) - Las cláusulas limitativas de responsabilidad por pérdidas, faltas o averías, que los empresarios públicos de transportes hagan figurar en las tarifas, reglamentos, cartas de porte, billetes, etc., carecen de todo valor; no solamente dejan intacta la responsabilidad plena de dichos empresarios, sino que ni aun sirven para desplazar la carga de la prueba.

b) - Las cláusulas que limitan la responsabilidad por razón del retardo, sí pueden ser estipuladas válidamente, y tienen la virtud de exonerar al porteador de la culpa leve que haya cometido al causarlo;

no liberan sin embargo, de la culpa grave ni del dolo, pero como éstos no se presumen, debe el acreedor probarlos.

Lo anterior debido a que, en mi concepto, no obstante los términos absolutos en que está concebido el artículo 8º de la ley 52 de 1919 en su primer inciso, en el segundo inciso de la misma disposición se habla únicamente de las pérdidas, faltas o averías, sin mencionar para nada el aspecto del simple retardo; además, podría invocarse para sostener la conclusión anotada los antecedentes de la legislación francesa, inspiradora de nuestra acotada ley 52 de 1919.

c) - La nulidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, se halla establecida legalmente para los convenios ajustados con los empresarios públicos de conducciones exclusivamente; no tienen, pues, operancia alguna los textos legales cuando se trata de empresarios particulares de conducciones; esto, porque como ya lo anoté, con respecto a éstos rige la libre autonomía individual.

d) - Los transportadores públicos están impedidos para acordar condiciones que aparezcan o equivalgan a limitación o exoneración de responsabilidad, o que indirectamente conduzcan a ellas; tales condiciones, cuyo fin es burlar la ley, carecerían de cualquier valor jurídico”.

Creo haber estudiado los puntos más sobresalientes del contrato de transporte, figura jurídica por demás compleja, y que se presta como la que más a fundamentales reformas en la Legislación Colombiana a fin de consultar una mayor equidad y un más acertado criterio jurídico.

Medellín, septiembre de 1948.

Gustavo Bernal Restrepo