

La responsabilidad del porteador en el contrato de transporte terrestre de mercaderías

Dwight Falvy Bockos

Julio Salazar Calderón

Alumnos de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN.

El contrato de transporte es uno de los acuerdos de declaraciones de voluntad que más desarrollo ha alcanzado dentro del campo del derecho; por esto la doctrina, con el fin de estudiarlo en forma detenida y sistemática, lo ha clasificado en tres categorías:

- Contrato de transporte aéreo.
- Contrato de transporte marítimo.
- Contrato de transporte terrestre.

Los tres a su vez pueden ser subdivididos en: de personas y de mercaderías.

El presente trabajo va a desarrollar el contrato de transporte terrestre de mercaderías, y es por ello que de aquí en adelante nos vamos a referir a esta acepción bajo la denominación "contrato de transporte". Sin embargo, cabe advertir que muchos de los conceptos que expondremos a continuación pueden ser perfectamente aplicados a las otras categorías del contrato de transporte.

II. ASPECTOS REFERIDOS AL CONTRATO DE TRANSPORTE.

1. Naturaleza Jurídica.

La doctrina ha tratado de enmarcar al contrato de transporte dentro de alguna de las diferentes figuras contractuales existentes, como por ejemplo, el contrato de trabajo, de depósito, la locación de servicios, la locación de obra y el contrato a favor de tercero. Baudry Lacantinerie⁽¹⁾ señala que el contrato de transporte no tiene entidad propia; así, cuando se celebra, surge a la vida jurídica un contrato de depósito, con la característica especial que, quien tiene la obligación principal de custodia del bien, objeto del contrato, debe realizarlo dentro del trayecto de un viaje. Otros tratadistas como Vivante⁽²⁾ establecen que es una *locatio operis*, locación de obra, siendo la expresión de un trabajo independiente que puede realizar una persona en favor de otra, definiéndola como la obligación que el porteador asume, que implica un resultado de trabajo a riesgo y bajo su autónoma dirección técnica. Messineo⁽³⁾ opina que el

(1) BAUDRY LACANTINERIE. Tratado de Derecho Comercial. Tecnos, Madrid, 1959.

(2) VIVANTE, citado por AGUIRRE, Consuelo. El Contrato de Transporte. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1979, pág. 7.

(3) MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

contrato de transporte es una prestación de servicios a riesgo de quien la asume; sin embargo, como bien apunta Consuelo Aguirre⁽⁴⁾, el adoptar esta definición implicaría decir que la obligación del porteador sería de medios, es decir, que el transportista estaría obligado a poner todos los presupuestos necesarios para la realización del transporte, y si lo probase, aunque el transporte efectivamente no se haya producido, el cargador o el consignatario no podría exigirle que asuma una responsabilidad contractual.

De lo expuesto consideramos que es un mal generalizado entre los tratadistas el pretender explicar la naturaleza jurídica de cualquier contrato en función de figuras contractuales afines, no reconociendo que el tráfico comercial ha ido brindando características propias a cada uno de los contratos que han venido surgiendo. De ahí que hoy podemos encontrar multiplicidad de formas contractuales cuya autonomía es indiscutible, lo cual se ha reflejado en la dación de normas especiales que los regulan. Éste es el caso del contrato de transporte, el cual si bien guarda innegables similitudes con otras figuras contractuales, es un contrato autónomo, típico y nominado, al cual Rafael Eyzaguirre se refiere como independiente y con rasgos propios que lo sitúan entre los contratos más importantes en la vida de los negocios y casi siempre ligado, sobre todo en lo internacional, a la compraventa y al seguro⁽⁵⁾.

2. Concepto.

El Código de Comercio de 1902, fiel a la técnica legislativa imperante en esa época, no explica qué es el contrato de transporte, así la sección séptima del Código se limita a normar entre otras cosas su carácter mercantil y sus consecuencias. Es por esta razón que antes de abocarnos al análisis de la responsabilidad del porteador terrestre de mercancías, debemos precisar cuál es la definición que manejamos de contrato de transporte.

Podemos definir a este contrato como aquel acuerdo de declaraciones de voluntad que crea una relación jurídica patrimonial, en virtud de la cual el porteador asume un deber principal frente al cargador, que consiste en trasladar las mercaderías a un lugar determinado y entregarlas al consignatario, que puede

ser el mismo cargador, a cambio de una contraprestación dineraria denominada porte. De la definición deben quedar en claro dos aspectos:

a. El deber principal del porteador es el de trasladar y entregar las mercaderías, existiendo además otros deberes implícitos dentro del deber principal, como el de custodia y conservación de los efectos.

b. El pago del porte por cuenta del cargador o del consignatario. Autores como Tamayo⁽⁶⁾ y Soler⁽⁷⁾, señalan que el deber principal del porteador constituye una "obligación de resultados" oponiéndola a la "obligación de medios". La diferencia entre estas dos obligaciones nos parece vital para entender la verdadera dimensión de la responsabilidad del porteador en el contrato de transporte, y es por eso que la pasamos a explicar a continuación.

Las obligaciones de medios son aquellas en función de las cuales el deudor asume el compromiso de actuar de la forma más diligente posible, de observar la mayor prudencia en su accionar que vaya acorde con la naturaleza del compromiso asumido, como por ejemplo el que asume el abogado al asesorar a su cliente o el médico al tratar a su paciente. En contrapartida existen las obligaciones de resultado, en las cuales el deudor se compromete al logro de una finalidad determinada teniendo en cuenta que ésta es verificable. Dentro de esta modalidad obligacional estaría el contrato de transporte.

La importancia de esta clasificación radica en el hecho que a través de ella podemos determinar el momento en el cual el deudor cumple con su deber principal, y por consiguiente, se genera una situación de pago o, en caso contrario, una situación de incumplimiento⁽⁸⁾.

Concatenando esta clasificación con el deber principal que tiene el porteador, se puede decir lo siguiente:

a. Si asumimos que el deber principal, presente en el contrato de transporte, consiste en una obligación de medios, el porteador sólo debe acreditar que realizó su actividad de la manera como la habría llevado a cabo un individuo medianamente diligente, razonable o prudente, excediendo del contenido de la relación jurídica patrimonial (el contrato de transporte) el resul-

(4) AGUIRRE, Consuelo. Op. Cit.

(5) EYZAGUIRRE, Rafael. Contrato de Transporte y Nociones de Derecho Marítimo y Aéreo. Editora Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1980.

(6) TAMAYO JARAMILLO, Javier. El Contrato de Transporte. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991.

(7) SOLER ALEU, Amadeo. Transporte Terrestre. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

(8) BARRETO QUINECHE, Percy. "Replanteo de la responsabilidad Civil". En: El Peruano, Lima, 27 de agosto de 1993.

tado de tal comportamiento, siendo la actividad desarrollada en sí misma la que produce una utilidad al cargador o al consignatario. En este sentido, la prestación, entendida como ejecución del deber, sería vista como simple desarrollo de una conducta. En esa medida, el porteador podría aducir que como el débito consistía en un comportamiento diligente, de acuerdo con la naturaleza de la obligación, le bastaría probar la verificación real de ese actuar diligente, es decir la ausencia de culpa, para demostrar que en estricto cumplió, quedando libre de responsabilidad alguna ya que no se habría producido incumplimiento.

“... pensamos que el interés del cargador que subyace en el contrato de transporte, no se verá satisfecho con la realización del traslado de las mercaderías con la mayor prudencia y diligencia posible, sino con la consecución de un resultado (opus)”

b. Por el contrario, pensamos que el interés del cargador que subyace en el contrato de transporte, no se verá satisfecho con la realización del traslado de las mercaderías con la mayor prudencia y diligencia posible, sino con la consecución de un resultado (*opus*). El verdadero débito del porteador consiste en la entrega de las mercaderías en el lugar y tiempo establecido, y en el mismo estado en que las recibió. En este orden de ideas no le basta al porteador probar su ausencia de culpa para eximirse de responsabilidad, sino que deberá acreditar la existencia de un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, al cual denominamos causa extraña.

Esta posición está avalada por el artículo 358 del Código de Comercio de 1902, que señala: "Fuera de los casos prescritos en el párrafo segundo del artículo

356, el porteador estará obligado a entregar los efectos cargados en el mismo estado en que, según la carta de porte, se hallaban al tiempo de recibirlos, sin detrimento ni menoscabo alguno ...". (El subrayado es nuestro). Como se puede apreciar de la redacción del artículo, la satisfacción del interés del cargador o del consignatario se obtiene con la realización de un resultado final, esto es, la entrega de las mercaderías en el lugar y tiempo convenido contractualmente. El débito es precisamente el resultado y no la actividad desarrollada para conseguirlo, lo cual implica que el deber sólo se cumple con la realización del traslado y entrega de las mercaderías al consignatario.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR.

1. Características.

1.1 Contractual.

Si bien la doctrina que estudia la responsabilidad civil ha venido elaborando una nueva teoría en la cual se propone una unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo como premisa fundamental la satisfacción del interés conculcado de la víctima, es innegable que unánimemente los sistemas jurídicos han adoptado la división de la responsabilidad civil. El Código Civil peruano de 1984 no ha sido ajeno a esta idea, regulando en forma separada ambas responsabilidades. Es por esta razón que nos vemos constreñidos a catalogar a la responsabilidad del porteador como una de tipo contractual, en tanto que surge dentro de un acuerdo de declaraciones de voluntad como es el contrato de transporte.

1.2 Factor atributivo objetivo.

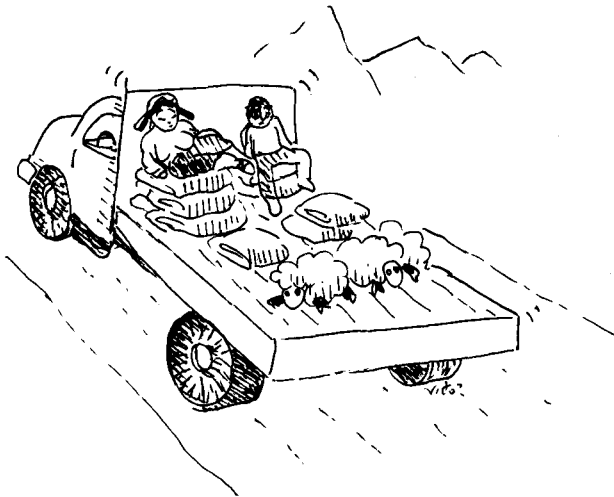
Utilizar un factor atributivo objetivo dentro de la responsabilidad del porteador, implica que ante la ocurrencia del daño, éste debe responder de las consecuencias del mismo, sin importar la existencia o no de culpa. La exoneración se puede dar si se demuestra que los daños causados no son imputables al actuar del porteador, sino a un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible que constituye una causa extraña. En realidad, en este caso, más que hablar de una exoneración de responsabilidad, estamos ante un supuesto de fractura del nexo causal⁽⁹⁾.

Dentro de este orden de ideas, debemos determinar cuál es a nuestro juicio el factor atributivo de

(9) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.

responsabilidad que permite la traslación del peso económico del daño, de la esfera del cargador a la del porteador.

Coincidimos con Soler en que el factor atributivo objetivo es el del riesgo profesional; así, cuando una empresa realiza y ejecuta, para obtener un beneficio económico, actos encaminados a un objeto cualquiera, asume profesionalmente los riesgos inherentes a esos actos⁽¹⁰⁾. La importancia de asumir la teoría del riesgo profesional radica en lo siguiente:



a. A la víctima (cargador o consignatario), para obtener una indemnización, le bastará probar el daño causado y la relación de causalidad, sin necesidad de demostrar el factor atributivo. La existencia del riesgo profesional presume que los daños causados han sido originados por el porteador. Esta presunción es fundamental ya que el ejercicio de ciertas actividades peligrosas y complejas como el transporte, dificulta, en la mayoría de casos, la prueba del factor atributivo de responsabilidad.

b. A través del riesgo profesional se introduce un criterio más exigente para exonerar de responsabilidad al porteador, debido a la habitualidad en la realización de su actividad.

Así, hechos como la rotura del eje de un vehícu-

lo, el desprendimiento de una rueda, el incendio, el vuelco de un vehículo o la falta de ellos, entre otros; si bien constituyen causales de exoneración de responsabilidad para los particulares, no así pueden ser alegados por el porteador en tanto que tal y como señala Amadeo Soler: "... estos acontecimientos no son imprevisibles, sino perfectamente previsibles, y el porteador deberá adoptar las diligencias y providencias necesarias para eludirlos, tales como contar con un servicio eficiente de mantenimiento y reparaciones, esto es, la revisión periódica de los vehículos, a fin de efectuar las reparaciones necesarias o el mantenimiento del vehículo, y conservarlo en perfectas condiciones mecánicas y funcionales"⁽¹¹⁾.

Habiendo tomado como pilares de la responsabilidad del porteador la obligación de resultado, presente en el contrato de transporte, y el riesgo profesional como factor atributivo objetivo, pasemos a analizar cuál es el tratamiento que nuestro Código de Comercio de 1902 da a la responsabilidad del porteador.

2. Análisis del Código de Comercio de 1902.

2.1 Ámbito temporal de la responsabilidad del porteador.

A. Inicio.

El artículo 350 del Código de Comercio de 1902 señala lo siguiente: "La responsabilidad del porteador comenzará desde el momento en que reciba las mercaderías, por sí o por medio de persona encargada al efecto, en el lugar que se indicó para recibir las".

Para explicar el momento a partir del cual se inicia la responsabilidad del porteador, la doctrina ha esbozado tres teorías:

a. El registro de las mercaderías. Jorge Zunino⁽¹²⁾ al comentar el artículo 169 del Código de Comercio argentino, que establece la obligación del porteador de llevar un registro particular de los efectos que vayan a transportarse, señala que "el acto de registro" es un elemento importante para determinar el momento en que comienza el periodo de custodia y, por consiguiente, la responsabilidad del porteador.

Este criterio no sería exclusivo de la legislación argentina, ya que el artículo 373 de nuestro Código de Comercio, también recoge la misma obligación para el porteador.

(10) SOLER ALEU, Amadeo. Op. Cit.

(11) SOLER ALEU, Amadeo. Op. Cit.

(12) ZUNINO, Jorge. Responsabilidad en el Transporte Aéreo, Marítimo y Terrestre. Editorial Merú, Buenos Aires, 1979.

b. La entrega física. Esta teoría establece que la responsabilidad del porteador se inicia a partir de la entrega real a éste. Una vez realizado este acto comienzan los deberes de custodia y seguridad a cargo del transportador.

De una simple lectura del artículo 350 del Código de Comercio, ésta parecería ser la posición recogida.

c. La puesta a disposición. Esta posición consiste en que el porteador asume la responsabilidad sobre las mercaderías cuando el cargador, en cumplimiento de su deber de entrega, realiza el ofrecimiento que debe traducirse en un acto real. Por tanto, no basta la mera declaración de voluntad, aunque ésta llegue a conocimiento del porteador. Lo que interesa es que el cargador ponga a disposición de aquél las mercaderías, de tal manera que sólo de la actividad del porteador dependa el que se consuma el cumplimiento del deber de entrega.

d. Posición personal. El artículo 373 del Código de Comercio establece lo siguiente: "Los comisionistas de transporte⁽¹³⁾ estarán obligados a llevar un registro particular, con las formalidades que exige el artículo 36; en el cual asentarán por orden progresivo de números y fechas, todos los efectos de cuyo transporte se encarguen, con expresión de las circunstancias exigidas en el artículo 346 y siguientes para las respectivas cartas de porte".

Este registro particular a nuestro entender tiene dos finalidades:

- Otorgar fecha cierta al título legal del contrato de transporte, es decir, a la carta de porte. De esta manera se prueba la existencia del contrato, de sus condiciones y del valor representativo que inviste a la carta de porte.

- Llevar un control de tipo administrativo minucioso de las mercaderías a transportar, que puede tener importancia para la determinación de averías, mermas y pérdidas en los efectos.

Por tanto, creemos que no puede sostenerse que el "acto de registro", tenga como finalidad determinar el inicio de la responsabilidad del porteador, más aun si dicho acto usualmente es posterior a la entrega de las mercaderías. Sobre el particular Francisco Sánchez Gaborino señala: "La responsabilidad de la empresa comienza desde el momento en que se ha hecho cargo de ellas en el local destinado a recibirlas, aunque el

encargado de este servicio no haya tomado la correspondiente razón en los libros de registro"⁽¹⁴⁾. (El subrayado es nuestro).

Langle Rubio⁽¹⁵⁾ al comentar las obligaciones del cargador y del porteador establece claramente que existe la obligación del primero de entrega de la cosa y la del segundo de recibir los efectos que se haya comprometido a transportar. La entrega y recepción debe realizarse en el lugar, fecha y hora convenidos en el contrato de transporte, y de incumplirse dará origen a responsabilidad por daños a cargo de la parte incumplida. Lo dicho nos hace ver la fragilidad de la teoría de la entrega física ya que no es tan cierto que la responsabilidad del porteador siempre surja cuando éste tiene en su poder las mercaderías, sino que se da a partir del momento en que el cargador, en cumplimiento de su deber de entrega, pone a disposición de aquél los efectos a transportar, en el lugar, fecha y hora convenidos. El hecho de que puesta a disposición y recepción usualmente coincidan, no enerva lo dicho anteriormente ya que, como se señaló, el incumplimiento del deber de recepción origina responsabilidad del porteador, denominada *mora accipiendi*.

La teoría de la puesta a disposición ha sido recogida por la legislación comercial colombiana, que señala en el modificado artículo 992 del Código de Comercio que: "El transportador responderá de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que la recibe o **ha debido hacerse cargo de ella ...**". (El subrayado es nuestro).

La última frase del artículo transcrito avala nuestra posición ya que el porteador sólo puede hacerse cargo de las mercaderías, cuando el cargador las pone a disposición, en cumplimiento del deber de entrega y de acuerdo con las circunstancias de lugar, fecha y hora establecidas en el contrato de transporte.

B. Fin.

El deber principal del porteador se cumple cuando éste llega al lugar de destino y entrega al consignatario los efectos transportados. El cumplimiento de este deber exigido por los artículos 358 y 363 del Código de Comercio, parecería dar término a la responsabilidad del porteador. Sin embargo, no son pocos los

(13) El Dr. Víctor H. Lazo en la página 68 de los materiales de enseñanza de Derecho de Transportes, señala que la acepción contenida en el artículo 373 es consignada en ese contexto como sinónimo o equivalente de "porteador" o persona con quien el cargador celebra el contrato, y, por tanto, ella debe ser entendida extensivamente a éste, así como al propio "comisionista de transporte".

(14) SANCHEZ GAMBORINO, Francisco. Doctrina jurisprudencial sobre el contrato de transporte. Editorial Aguilar, Madrid, 1957.

(15) LANGLE RUBIO, Emilio. Manual de Derecho Mercantil Español. Tomo III. Editorial Bosch, Barcelona, 1959.

casos en que una vez llegado el porteador al lugar de destino se encuentre ante la situación que nadie reclame las mercaderías o que apersonándose el consignatario se niegue a recibirlas. Esta situación peculiar, no extraña en el tráfico mercantil, no permitiría al porteador cumplir con su deber principal, manteniéndose sus deberes de custodia y conservación sobre las mercaderías, y por tanto su responsabilidad. Esta situación absurda y por demás injusta ha tratado de ser resuelta por las diversas legislaciones, así por ejemplo en el inciso 2 del artículo 1030 del Código de Comercio colombiano se señala: "También cesará cuando haya transcurrido el término de cinco días contados a partir del fijado para la entrega o del aviso de que trata el artículo anterior, sin que el interesado se haya presentado a retirarla o recibirla".

El Código de Comercio peruano también contiene una norma similar. Ella es el artículo 346, que señala: "No hallándose el consignatario en el domicilio indicado en la carta de porte, negándose al pago de los portes y gastos, o rehusándose recibir los efectos, proveerá su depósito el juez de primera instancia, y donde no lo hubiera, el de paz, a disposición del cargador o remitente; sin perjuicio de tercero de mejor derecho, surtiendo este depósito todos los efectos de la entrega".

La posibilidad del depósito judicial contemplada en nuestra legislación así como en los artículos 194 y 197 del Código de Comercio argentino, por causales taxativas, es una vía segura que permite que una vez efectuado, el porteador se vea liberado de cualquier responsabilidad por las averías, mermas o pérdidas que sufra la mercadería después del depósito, debido a que a tenor del artículo 346, el depósito surte "todos los efectos de la entrega". Cosa muy distinta ocurre en el inciso 2 del artículo 1030 del Código de Comercio colombiano antes citado, ya que al vencimiento de los cinco días establecido en ese artículo, el transportador se libera de su responsabilidad como tal, es decir de sus obligaciones contractuales derivadas del contrato de transporte. Ello no indica que se suprima totalmente su responsabilidad en caso de que, con posterioridad a esta fecha, las mercancías se pierdan o deterioren. Subsiste en este caso una responsabilidad postcontractual que se rige por las reglas de la responsabilidad extracontractual, en tanto que se mantiene un deber de custodia y conservación sobre las mercaderías que el porteador aún posee⁽¹⁶⁾.

Un supuesto importante referido a la extensión de la responsabilidad del porteador, es el recogido por el artículo 362 del Código de Comercio, en el cual se

establece que en caso de discrepancia entre consignatario y porteador sobre el estado de los efectos transportados, se podrá pedir el reconocimiento de éstos por peritos o un tercero nombrado judicialmente, y si luego se mantuviese la discordia, se podrá iniciar las acciones judiciales pertinentes. De la lectura de este artículo se puede concluir que en este caso la responsabilidad del porteador continuará hasta que las partes transen en sus diferencias o hasta la resolución judicial que pone fin al conflicto; lo que ocurra primero.

Una interpretación del artículo 362 podría sustentar que el depósito judicial tendría los mismos efectos liberatorios de responsabilidad para el porteador que el establecido en el artículo 364. Sin embargo, este razonamiento nos parece equivocado porque el artículo 364 señala expresamente que "el depósito surte los efectos de la entrega"; éste indudablemente es un supuesto excepcional en el cual la norma otorga al depósito los efectos de pago, esto es de extinción de las obligaciones, y por consiguiente liberatorio de responsabilidad. El depósito ordenado por la autoridad judicial del artículo 362, no menciona el efecto liberatorio de responsabilidad para el porteador, sino lo que produce es un traslado de los deberes de custodia y conservación de la esfera del porteador a la del depositario judicial. Las consecuencias de este efecto traslativo serían las siguientes:

- El transportista no respondería por los daños que se produzcan en las mercaderías durante el depósito.

- Subsiste el deber del porteador de resarcir los daños ocurridos desde la recepción de los efectos hasta el depósito judicial de los mismos, siempre que no haya mediado alguna causa extraña y siempre que el juez, por sentencia firme, así lo determine.

2.2 El régimen general de responsabilidad.

Dos son los artículos del Código de Comercio que sintetizan el régimen general de responsabilidad aplicable en el contrato de transporte:

"Artículo 356.- Las mercaderías se transportarán a riesgo y ventura del cargador, si expresamente no se hubiere convenido lo contrario. En consecuencia, serán de cuenta y riesgo del cargador todos los daños y menoscabos que experimenten los géneros durante el transporte, por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas.

La prueba de estos accidentes incumbe al porteador".

"Artículo 357.- El porteador, sin embargo, será

(16) TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit.

responsable de las pérdidas y averías que procedan de las causas expresadas en el artículo anterior, si se probare en su contra que ocurrieron por su negligencia o por haber dejado de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes; a no ser que el cargador hubiese cometido engaño en la carta de porte, suponiéndolas de género o calidad diferentes de los que realmente tuvieren".

De los artículos antes transcritos se pueden formular las siguientes ideas:

a. El artículo 356 es, a nuestro entender, engañoso, y debe ser interpretado cuidadosamente para evitar confusiones. De su lectura se podría inferir que cuando hace referencia a que el transporte se realiza a riesgo y ventura del cargador, éste asume el riesgo de la obligación (*periculum est creditoris*), por lo que el cargador seguiría obligado a pagar el porte, aun cuando las mercaderías se hayan perdido por causales no imputables a las partes. Sin embargo, ésa no es una interpretación correcta del artículo, ya que éste no está regulando un supuesto de asunción del riesgo por parte del cargador, permitido por el artículo 1431 del Código Civil. A nuestro entender el artículo, con una redacción defectuosa, ha querido establecer que si el porteador no puede cumplir su deber principal por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio de la cosa, entonces el cargador sufre los daños o menoscabos ocurridos en la mercadería, pero en ningún caso queda obligado a pagar el porte. Esta consecuencia es por demás lógica ya que no se puede responsabilizar al porteador por circunstancias que no le son imputables, y tampoco se puede "dañar" doblemente al cargador con la pérdida o menoscabo de las mercaderías y con el pago del porte. Joaquín Garrigues al comentar el artículo 361 del Código de Comercio español, de idéntica redacción al artículo 356, refuerza nuestra posición diciendo: "Si las mercancías no llegan a su destino porque se pierden o porque existe una imposibilidad permanente para realizar el transporte, el porteador pierde su derecho al precio, ya que éste se debe en atención al resultado, como en todo contrato de obra. El artículo 374, al hablar de pago de precio, presupone la entrega de la mercancía"⁽¹⁷⁾.

b. De la lectura del artículo 356, se podría decir que si el porteador sólo puede exonerarse de responsabilidad por causales que son supuestos de causa extraña, entonces el Código ha optado por un régimen de responsabilidad de tipo objetivo en donde el transportista tiene una obligación de resultado de la cual no

puede eximirse probando su ausencia de culpa. Sin embargo, el artículo 357 parece trastocar este razonamiento, ya que exige la demostración de la negligencia o falta de cuidado del porteador, esto es un factor subjetivo. La aparente concurrencia de dos sistemas, el objetivo del artículo 356, y el subjetivo del artículo 357, que a simple vista son incompatibles, deben ser interpretados adecuadamente a efectos de evitar cualquier confusión en el análisis.

“ El hecho de que puesta a disposición y recepción usualmente coincidan, no enerva lo dicho anteriormente ya que, como se señaló, el incumplimiento del deber de recepción origina responsabilidad del porteador, denominada mora accipiendi ”

Javier Tamayo Jaramillo al comentar el artículo 992 del Código de Comercio colombiano, que reúne a los artículos 356 y 357, señala: "Por otro lado, parece ilógico que el nuevo artículo 992, luego de exigir la causa extraña como causal de exoneración del transportador, agregue que éste deba probar, además, que adoptó las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de la profesión, para evitar el perjuicio o su agravación(...) Exigir la causa extraña, y a renglón seguido la prueba de la ausencia de culpa (haber tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño), es pedir dos veces la prueba de que la culpa no existió. Desde el punto de vista lógico, entonces, el nuevo artículo 992 incurre en una tautología innecesaria. De allí nuestra propuesta de que el texto legal hable pura y simplemente de causa extraña, concepto que lleva implícito el de ausencia de culpa"⁽¹⁸⁾.

Sería absurdo decir que Javier Tamayo expone su posición en estos dos párrafos. En las páginas si-

(17) GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo V. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1987.

(18) TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit.

guientes de su libro "El contrato de transporte", la desarrolla ampliamente. Pero hemos considerado, no sin arbitrariedad, que el texto transcrito sintetiza en algo la opinión del autor colombiano.

Coincidimos con el autor precitado en la utilización del término causa extraña como único factor de fractura causal. La importancia de este concepto se da en el hecho de que reúne en su seno una serie de supuestos como el caso fortuito, la fuerza mayor, el vicio propio, el hecho determinante de tercero, los actos de la víctima y cualquier otro hecho que cumpla las características de ser extraordinario, imprevisible e irresistible. Lamentablemente en el artículo 356 del Código de Comercio sólo se mencionan algunos de los supuestos que conforman la causa extraña, lo que es por demás preocupante ya que otras causales de rompimiento del nexo causal no lo serían tales para nuestro Código.

Con respecto a las afirmaciones vertidas por Javier Tamayo Jaramillo en relación a que la ausencia de culpa se subsume dentro de la causa extraña, consideramos que el autor incurre en un grave error. En primer lugar, ambos conceptos corresponden a diferentes etapas de la responsabilidad contractual. Siendo éstas las siguientes:

- Realización de un hecho jurídico.
 - Relación de causalidad.
 - Factor atributivo de responsabilidad.
 - Daños.
- La causa extraña corresponde a la relación de

causalidad, mientras que la ausencia de culpa al factor atributivo de responsabilidad. Es por ello que la causa extraña es un supuesto de fractura del nexo causal, mientras que la ausencia de culpa presupone la existencia de la relación de causalidad, por la cual, el sujeto, si bien realiza un hecho, puede exonerarse probando la ausencia del factor atributivo⁽¹⁹⁾.

En segundo lugar, debemos señalar que el análisis de la ausencia de culpa corresponde a los contratos que crean obligaciones de medios, como por ejemplo la locación de servicios, siendo ajeno al contrato de transporte en el cual existe una obligación de resultado.

c. El artículo 358, como ya lo hemos señalado, establece una obligación de resultado a cargo del porteador, esta norma concuerda con el artículo 356, en el cual se encuentra implícito el factor atributivo objetivo y donde sólo se permite el rompimiento del nexo causal vía la prueba a cargo del porteador de la causa extraña. Lamentablemente el legislador de 1902 confundió los conceptos y, movido por la tradición, incluyó el artículo 357, que recoge el factor subjetivo. Para paliar los efectos del artículo, éste debe ser entendido como la facultad discrecional concedida al titular de la acción de reclamación, sea éste el cargador o consignatario, para demostrar que los hechos cometidos por el cargador en el ejercicio de su actividad están dentro de lo que Soler denomina el riesgo profesional, lo cual impediría al porteador romper el nexo causal y dejar de responder por los daños ocasionados. ■

(19) LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993.