

que el juramento, (1) Es de jurisprudencia que la estimación de los efectos perdidos se deje al arbitrio del juez que debe determinar conforme á las circunstancias de la causa. (2)

§ II.—DEL TRANSPORTE POR FERROCARRILES.

534. Los principios generales que rigen la responsabilidad del conductor reciben excepciones en el transporte de cartas y despachos telegráficos; nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones*. Hay un medio de transporte que desempeña un gran papel en la vida real y, por tanto, en la jurisprudencia: el ferrocarril. ¿La responsabilidad del Estado ó de las compañías debe regirse por el derecho común? ¿Cuáles son las derogaciones de los principios generales? Estas cuestiones no dejan de tener su dificultad; es preciso detenernos en ellas.

*Núm. 1. De la fuerza obligatoria de los reglamentos.*

535. En Bélgica el Estado ha construido grandes vías férreas que forman el Ferrocarril Nacional. Es la ley la que decretó su ejecución, es la ley la que encargó al Gobierno el explotarlo, fué por decreto real como las condiciones de transporte se establecieron. En apariencia resulta de aquí una diferencia radical entre el transporte por ferrocarril y el hecho por medio de particulares ó compañías. El transporte por tierra ó por agua de que se ocupa el Código Civil es un contrato perfeccionado por concurso de consentimiento cuyas cláusulas se abandonan á la libre estipulación de las partes contratantes; mientras que el transporte por ferrocarril se rige por la ley y por los reglamentos puestos en ejecu-

<sup>1</sup> Durantón, t. XVII, p. 226, núm. 243. Duvergier, t. II, p. 367, números 322 y 323.

<sup>2</sup> Grenoble, 29 de Agosto de 1833; París, 29 de Abril de 1809 [Dalloz, en la palabra *Comisionista*, núms. 423 y 425].

ción por la ley. ¿Debe deducirse de esto que los reglamentos tienen la misma fuerza obligatoria que el decreto real; es decir, que son obligatorios para los particulares como para el Estado, y que, por consiguiente, el transporte por ferrocarril está sometido á reglas especiales? Es preciso antes que todo precisar el carácter de los reglamentos que hoy existen. No son decretos reales, son reglamentos ministeriales.

La ley del 12 de Abril de 1835 dice (arts. 1 y 2): «Provisionalmente, mientras la experiencia haya permitido fijar de un modo definitivo los peajes por percibir, estos peajes quedarán reglamentados por decreto real. El Gobierno podrá igualmente establecer reglamentos para la explotación y la policía de las nuevas vías.» Regularmente la tarifa de peajes hubiera debido ser fijada por una ley (Constitución belga, arts. 113 y 110); el Poder Legislativo delegó esta atribución al Rey, á título provisional. Esta delegación excepcional debe ser estrictamente limitada al objeto para el que fué concedida; la ley de 1835 no transfiere al Rey el Poder Legislativo en materia de transporte por vía férrea; el único poder que le delega es el establecer tarifas provisionales. Un decreto de 2 de Septiembre de 1840 autoriza al Ministro de Fomento para hacer modificaciones provisionales á las tarifas de ferrocarril, modificaciones que sólo podrán volverse definitivas por aprobación del Rey. ¿Esta subdelegación era legal? Se ha contestado, y con razón, á nuestro parecer. La ley de 1835 delegaba al Rey el derecho de hacer tarifas, no le daba el poder de subdelegar un derecho esencialmente excepcional. Sin embargo, fué sentenciado que los reglamentos ministeriales hechos en virtud de la subdelegación eran obligatorios. La Corte de Bruselas dice que el Rey, encargado de hacer un ensayo de tarifas, podrá dejar este cuidado al Ministro de Fomento: esto es decidir la cuestión con la cuestión. No se puede reconocer fuerza obliga-

toria á las tarifas ministeriales más que por la aprobación tácita que dió el Poder Legislativo al votar los ingresos de los ferrocarriles, basadas en tarifas que sólo están fijadas por el Ministro. (1)

536. Es en virtud de estas leyes y decretos como el Ministro de Fomento estableció la tarifa del 1.º de Noviembre de 1866. Resulta una consecuencia muy importante en cuanto á la fuerza obligatoria de este reglamento. No es una ley ni un decreto real promulgado en ejecución de una ley; no tiene, pues, la autoridad que pertenece á la ley, ni la autoridad que tienen los decretos reales: es una simple tarifa provisional, obligatoria en este sentido: que determina los peajes que están percibidos por el Estado para el transporte de viajeros y mercancías. De esto se sigue que no hay lugar á recurso de casación por violación del reglamento-tarifa. El Gobierno ha sostenido que este reglamento, hecho en virtud de una delegación de la ley, tiene fuerza de ley. Fué sentenciado que el reglamento enuncia simplemente las condiciones de un contrato que sólo se perfecciona por la aplicación de los que tratan con la administración de ferrocarril para el transporte de las personas y mercancías. La Corte de Casación comienza por hacer constar el origen de los impresos que contienen el conjunto de las condiciones bajo las cuales la administración se encarga de efectuar el transporte de mercancías; los impresos son simples reglamentos ministeriales hechos en virtud de la ley del 12 de Abril de 1835 y del decreto real de 2 de Septiembre de 1840; estas tarifas provisionales fueron aprobadas por decreto real de 29 de Mayo de 1869. Para facilitar la ejecución de esta serie de actos administrativos, el Ministro de Fomento publicó sucesivamente impresos conteniendo el conjunto de las condiciones reglamentarias para el transporte de mercancías. Estas condiciones

1 Bruselas, 24 de Febrero de 1869 (Pasicrisia, 1869, 2, 200).

no son leyes que el Poder Legislativo imponga á los ciudadanos; sólo una disposición tiene fuerza de ley: es el peaje. En cuanto á las condiciones que la administración enuncia en sus reglamentos, sólo pueden ser consideradas como cláusulas contractuales que rigen las convenciones de la administración y de los remitentes. Y la interpretación de las convenciones no da apertura á casación más que cuando viola la ley; lo que es imposible, puesto que las cláusulas del contrato, tal cual las formulan los reglamentos ministeriales, no son leyes. (1)

Lo que facilitó la confusión es que el Gobierno tiene el incontestable derecho de hacer reglamentos de policía para los ferrocarriles como para cualquiera otra vía pública; el Rey tiene este derecho en virtud de la Constitución, y usó de él decretando reglamentos de policía para los ferrocarriles. Estas disposiciones se hallan confundidas con las que determinan las condiciones del transporte; de ahí el error del Gobierno que atribuía á todos la misma fuerza obligatoria. La Corte de Casación restableció los verdaderos principios. Dice, y esto es evidente, que los únicos reglamentos de administración pública cuya violación pueda dar apertura á la casación, son los reglamentos que participan de la autoridad de la ley; y la ley de 1835 y todas las subsiguientes que han sucesivamente prorrogado el derecho provisional de reglamentar los peajes que perciben en los ferrocarriles y el derecho general y absoluto de hacer los reglamentos de policía. La distinción resulta de la naturaleza de estas diferentes disposiciones: el derecho de hacer tarifas provisionales sólo pertenece al Rey en virtud de una delegación provisional, y le da sólo el poder de prescribir medidas provisionales, mientras que el derecho de hacer decretos en ejecución de la ley es una prerrogativa constitucional. No es esta la única diferencia, ni siquiera la más

1 Denegada, 4 de Febrero de 1870 (Pasicrisia, 1870, 1, 208).

importante que exista entre los reglamentos de policía y los reglamentos-tarifas; los primeros tienen la autoridad de una ley, obligan á todos los ciudadanos como los obliga la ley; los otros no tienen fuerza de ley, excepto para percibir el monto de peajes; son cláusulas convencionales que no ligan á los particulares más que en virtud de su aceptación. Esta diferencia viene de la esencia misma de las disposiciones que son el objeto de un reglamento de administración pública y de lo que concierne á la explotación de una vía de comunicación. Cuando el Rey promulga un decreto de policía manda como jefe del Poder Ejecutivo, y los ciudadanos deben obedecer como obedecen á la ley, pues los decretos, cuando están conformes á la ley, tienen la misma fuerza obligatoria que ésta. No sucede así cuando el Rey hace un reglamento para la explotación del ferrocarril; nada tiene que mandar, pues los particulares están libres de ocurrir al ferrocarril ó transportar sus mercancías por otra vía. De cualquier modo que se haga el transporte, ya sea por medio del Estado ó de un particular, el transporte constituye un contrato entre el remitente y el conductor. La Corte de Casación ha consagrado este principio en términos formales: «En la organización de los ferrocarriles que el Estado explota, el servicio de transportes, lejos de pertenecer por esencia al ejercicio del Poder Ejecutivo, sólo tiene por objeto operaciones idénticas á las que se hacen en los ferrocarriles explotados por compañías concesionarias, ó en los caminos ordinarios por los empresarios de carros públicos. (1) Se ha concluido de esto, con razón, que el Estado explotando ferrocarriles es un *conductor responsable*. (2) El Gobierno mismo reconoció este principio en el decreto real de 27 de Junio de 1857, que reorganiza el Mi-

1 Denegada, 4 de Febrero de 1870 (Pasicrisia, 1870, 1, 199), y 7 de Mayo de 1869 (Pasicrisia, 1869, 1, 330).

2 Requisitoria de M. Faider, Abogado General (Pasicrisia, 1870, 1, 222).

nisterio de Fomento; se lee en él que la explotación de caminos férreos, correos y telégrafos, constituye un conjunto de operaciones comerciales.

537. Estos principios conducen á consecuencias importantes. Desde luego los reglamentos-tarifas no pueden derogar la ley que rige el contrato de transporte. Esto es evidente, puesto que la tarifa no es una ley; al delegar al Gobierno el poder de hacer tarifas provisionales el legislador no tuvo seguramente el pensamiento de delegarle el ejercicio del poder legislativo, por la excelente razón de que no tiene este derecho; semejante delegación fuera anticonstitucional, la soberanía no se delega; se ejerce, es verdad, por delegación, pero en las formas y bajo las condiciones que la Constitución determina. Y las leyes no pueden ser modificadas más que por una ley y por el Poder Legislativo. Luego el Rey no puede nunca derogar una ley, ni siquiera cuando obra por vía de delegación, y mucho menos aún el Ministro de Fomento, pues los ministros no tienen ni el poder de reglamentar, y, según los verdaderos principios, ninguna delegación de poder les puede ser dada. La consecuencia es tan evidente como el principio: las tarifas reglamentarias no tienen, por sí, la fuerza de derogar la ley.

Se ha sostenido lo contrario, fundándose en que la ley de 16 de Julio de 1849 atribuye á los tribunales de comercio competencia en materia de transportes efectuados por ferrocarriles. El art. 2 de la ley está concebido así: «Los tribunales sentenciarán estas contestaciones según las leyes y usos en materia de comercio y conformándose con las condiciones prescriptas por las leyes y *reglamentos particulares relativos á la explotación de los ferrocarriles*.» ¿Quiere esto decir que los *reglamentos-tarifas* tengan fuerza de ley y que los tribunales de comercio estén obligados á aplicarlos al mis-

mo título que las leyes? Semejante interpretación sería contraria á los principios esenciales de nuestro derecho público que acabamos de recordar. El carácter particular de las tarifas reglamentarias explica en qué sentido las disposiciones de estos reglamentos deben ser aplicados por los tribunales de comercio. Son cláusulas del contrato que interviene entre el Estado conductor y el remitente; y las partes contratantes, cualesquiera que sean, pueden derogar la ley en materia de contratos. El Estado puede, pues, también derogarla cuando trató como conductor con el remitente; desde que las partes están acordes sus convenciones reemplazan á la ley, y estas leyes particulares obligan á los tribunales tanto como las leyes generales. Si esta interpretación de la ley de 1849 dejara alguna duda la quitarían los trabajos preparatorios: la Exposición de los Motivos y los informes de las comisiones de la Cámara de Representantes y del Senado. Se lee en la Exposición de los Motivos: "Los transportes por ferrocarril están sometidos á reglas particulares que el *Estado fija y hace publicar*; estas condiciones *hacen fe entre las partes*, aunque *deroguen las leyes y usos en materia de comercio* ó que provean á circunstancias no previstas." La expresión *hacen fe entre las partes* es mala; no se trata de la *fuerza probante* de las convenciones, se trata de su *fuerza obligatoria*; es porque las convenciones entre el Estado y los remitentes hacen ley por lo que pueden derogar las leyes cuando son de puro interés privado.

La Corte de Casación ha formulado estos principios en términos demasiado restrictivos: "Si la ley de 16 de Julio de 1849 ordena á los tribunales conformarse con las reglas y condiciones prescriptas por los reglamentos particulares á la explotación de los ferrocarriles, es porque estos reglamentos, libremente aceptados, *si están conformes con la ley*, se vuelven convenciones legalmente formadas entre el Estado y los particulares, y que les sirven de ley." Las pala-

bras *si están conformes con la ley* están por demás; diremos más adelante que la Corte de Casación reconoce, y esto es incontestable, que las convenciones de transporte intervenidas entre el Estado y el remitente pueden derogar el derecho común, siempre que no perjudiquen el orden público y las buenas costumbres. La Corte de Casación agrega, y esto es exacto: "Ni la ley de 12 de Abril de 1835 ni ninguna otra ley ha derogado para el Estado los principios del derecho común que se refieren á la responsabilidad que incumbe á los empresarios de transporte, ni delegado al Poder Ejecutivo el derecho de derogar á ello por *reglamentos de administración general teniendo fuerza de ley.*" (1) Nó, las tarifas reglamentarias no son leyes y, por lo mismo, no pueden derogar la ley; son cláusulas del contrato que interviene entre el Estado conductor y el remitente, y las partes contratantes pueden derogar la ley. Son estas derogaciones las que prevee la ley de 1840 y que son obligatorias para los tribunales á título de *convenciones*.

538. Según estos principios es como debe decidirse la cuestión tan controvertida de saber si las tarifas reglamentarias son obligatorias para los remitentes. Nó, á título de leyes; esto es lo que acabamos de demostrar, y en este punto la doctrina consagrada por la Corte de Casación no podría ser contestada; ¿pero las tarifas son obligatorias para los remitentes á título de convención? Hay acerca de este punto una verdadera lucha entre la Corte de Casación y los tribunales de comercio, á los cuales se han unido los tribunales civiles de Primera Instancia. Los jueces consulares no dejan de decidir que las cláusulas derogatorias del derecho común que hallan en los impresos no ligan á los remitentes, y la Corte Suprema casa regularmente sus decisiones. La lucha cesará porque los que piden justicia, si

1 Denegada, 4 de Febrero de 1870 (Pasicrisia, 1870, 1, 199), y la Requisitoria de M. Faider, Abogado General, p. 223 y siguientes.

obtienen en la causa ante el primer juez, están seguros de ser vencidos ante la Corte de Casación. Agregaremos que la lucha debe cesar porque los tribunales de comercio se equivocan, y se equivocan por una especie de mala inteligencia, porque no han entendido el verdadero punto de dificultad; reivindican el derecho común contra el Estado, pero tienen una falsa idea del derecho que invocan.

Recordemos, desde luego, cuál es el derecho común; si los tribunales de comercio lo han desconocido diremos más adelante que el Gobierno comenzó por desconocerlo. El Estado que explota un ferrocarril es un conductor; es decir, que no obra como poder público, obra como empresario de transporte; las relaciones que se establecen entre los particulares y él son las que nacen de un contrato. El Código dice que los contratos son la ley de los que los forman; esta ley es el producto de su voluntad, la hacen como les conviene; no quedan ligados por las disposiciones del Código acerca de las obligaciones convencionales y del contrato de arrendamiento de obras, ni por las disposiciones del Código de Comercio acerca del contrato de comisión; es de principio que el legislador, en materia de contrato, no impone su voluntad á las partes contratantes, sólo prevee lo que las partes quieren y les permite querer otra cosa derogando la ley. Las partes gozan en general de absoluta libertad; sin embargo, no está ilimitada; si pueden derogar las leyes relativas á los contratos es porque estas leyes son de interés privado; desde que hay interés general en causa las partes no son ya libres; según el art. 6 del Código los particulares no pueden, por sus convenciones, derogar las leyes que se refieren al orden público ó á las buenas costumbres. Hay otro límite á la libertad de las partes contratantes; pueden todo cuanto quieren, pero no pueden lo imposible; hay cosas esenciales en cada contrato, las cuales las partes no pueden derogar. La distinción entre lo que las par-

tes pueden y lo que no pueden hacer es, sin embargo, muy difícil de fijar; los jueces consulares se han equivocado en ello.

Estos principios reciben su aplicación al contrato de arrendamiento. El conductor es responsable por la pérdida de la cosa que se obliga á transportar y entregar al consignatario. En caso de pérdida debe reembolsar al remitente el valor íntegro de la cosa á título de daños y perjuicios. ¿Pueden las partes derogar esta responsabilidad? Es acerca de esta cuestión como hubo conflicto entre los tribunales de comercio y la Corte de Casación. Hay que distinguir. La responsabilidad implica una culpa. ¿Puede el Estado estipular que no responderá de su culpa? Nó, pues semejante estipulación sería contraria á las buenas costumbres; equivaldría á decir que el Estado tiene el derecho de ser negligente, el derecho de no cumplir sus obligaciones y de no reparar el perjuicio que causara con faltar á sus compromisos. Esto es contrario á la buena fe que debe reinar en los contratos; luego una estipulación de tal naturaleza sería nula. ¿Pero cuándo hay falta? Hé aquí un primer punto en el cual los tribunales de comercio se han equivocado. Dicen: el conductor es culpable desde que se pierde la cosa. Nó, puesto que el conductor responde por la pérdida sin que se le pruebe alguna falta á su cargo. Todo lo que se le puede decir es que el conductor que no entrega la cosa al destinatario, en caso de pérdida, no llena su compromiso; hé aquí por qué á él le corresponde probar el caso fortuito si alega que lo ha habido. ¿Cuáles son las consecuencias de la pérdida? El conductor debe pagar el valor de la cosa, pero nada impide á las partes limitar la responsabilidad del conductor en el sentido de que fijen las consecuencias estimando precisamente los daños y perjuicios á que se obliga. Esta convención es válida, el art. 1152 la presentó y produce el efecto de toda convención, es una ley

para las partes y para los tribunales; el juez no puede aumentar los daños y perjuicios convenidos ni puede disminuirlos. Las partes pueden aun más: convenir las condiciones en que el conductor deberá reembolsar el valor íntegro de la cosa, siempre en los límites que acabamos de decir; no se puede estipular que el conductor no responda por su falta; es decir, de su negligencia; cuando la falta es probada, el conductor debe reparar el perjuicio, y todo el perjuicio que causa. Pero si hay pérdida sin que se pruebe ninguna falta las partes pueden arreglar los efectos de la responsabilidad que incumbe al conductor; esto no es descargarlo de una falta, puesto que ninguna falta se ha probado á su cargo.

539. Tal es el derecho común. ¿Recibe aplicación en el transporte por ferrocarril? La afirmativa es cierta. ¿Qué importa que figure el Estado en ellos? Figura como conductor; está sometido al derecho común y puede también invocarlo. No hay más que una diferencia entre el contrato de transporte en general y el contrato en el que interviene el Estado como parte; lo que éste hace es dar á conocer de antemano las condiciones en que se encarga del transporte. Tal es el objeto de sus tarifas reglamentales; fuera de ellas no le está permitido contratar; las cláusulas de la tarifa son necesariamente la ley de las partes contrayentes.

Aquí nace el conflicto. Los jueces consulares preguntan lo que sería la libertad de las partes contratantes si el Estado impone la ley al remitente. ¿No es esto contrario al carácter esencial de la tarifa, tal como la acabamos de establecer, apoyándonos en la jurisprudencia de la Corte de Casación? La tarifa no es una ley, no tiene por sí fuerza obligatoria y, sin embargo, el Estado la impone á los remitentes que quieren y necesitan servirse del ferrocarril; les impone cláusulas que derogan el derecho común, cláusulas que disminuyen su responsabilidad y la hacen ilusoria. Es-

te es un primer error, á lo menos en derecho: la tarifa no es una ley que el Estado impone á los particulares que tratan con él, es un conjunto de cláusulas y condiciones que les propone y que el remitente es libre de aceptar ó no. El transporte es un contrato de arrendamiento y todo contrato se perfecciona por el concurso de consentimientos de las partes contrayentes. Sucede lo mismo con el contrato de transporte que se hace con el Estado conductor y los remitentes. Solamente que aquí hay una particularidad, que el Estado hace conocer previamente las condiciones en que entiende contratar; no lo puede hacer fuera de estas condiciones. Corresponde á los particulares que quieran hacer uso del ferrocarril para transportar sus mercancías, ver si les conviene tratar. Tiene algo que deroga el derecho común; si no convienen al remitente, puede rehusarlas; pero entonces el contrato se hace imposible, porque el concurso de consentimientos no se puede formar. En vano diría el remitente que las cláusulas derogatorias del derecho común no le convienen, que entiende mantener el derecho común, no puede forzar al Estado á tratar bajo otras condiciones que las estipuladas en la tarifa; añadiremos que no es exacto decir que las cláusulas derogan el derecho común, aunque modifiquen la responsabilidad del Estado, puesto que la ley permite á las partes contratantes derogar en este sentido el derecho común. Todo lo que hay de desacuerdo entre el Estado y los remitentes, es que las condiciones propuestas por éste, no convienen á aquéllos; si sucede así, éstos las pueden rechazar; pero, al hacerlo, el concurso de consentimientos no existirá y, por consecuencia, no habrá contrato. Queda por saber cómo se hará el concurso de consentimientos.

540. En este punto los jueces consulares y aun los tribunales civiles se apoyan en un error extraño. El Estado conductor, dicen, es responsable de las pérdidas de los ob-