

Y

2223

1889

202
ALEGATOS

7430
DE LA 9774

COMPANÍA DE NAVEGACION POR VAPOR

EN EL

UNIVERSIDAD

DIQUE Y RIO MAGDALENA

ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Sala de Patrimonio Documental



BOGOTA — 1889.

IMPRESA DE VAPOR DE ZALAMEA HERMANOS.

E. Zalamea, Editor.

Y aunque el Capitán debe vigilar los bultos del correo, no es á mérito de depósito sino de la obligación primaria de *transportarlos* y de la accesoria de *devolverlos*.

El doctor B. Baéna, abogado de los demandantes en segunda instancia, juzga, desafortunadamente, también, que el contrato es de porteamiento al tenor del Código de Comercio de 1853, vigente en el extinguido Estado de Bolívar.

El Gobierno de la Unión Colombiana por medio del inciso 6.º artículo 17 de la Constitución de 1863, en vigor cuando el señor Mainero contrató, y de los artículos 39, 40 y 3.º de la Ley 84 de 1871, se reservó é hizo de su competencia el arreglo de la navegación del Magdalena y de sus caños y ciénagas; y declaró en el 1.º y 2.º de la Ley 35 de 1875 que, en consecuencia, el comercio que se hace en aquel Río se rige por el Código de Comercio marítimo de la República, expedido en 1870; de modo que donde éste dice: "Mar y comercio marítimo," debe entenderse que dice igualmente: "Río y comercio fluvial."

Y como los vapores del señor Mainero habían de viajar en aguas del mar y del Magdalena; y la empresa de conducciones acuáticas es negociación mercantil, según el Título 5.º del referido Código y el artículo 20 del de Panamá adoptado, resulta que el contrato aludido cayó, *ipso facto*, bajo la jurisdicción nacional, y en manera alguna bajo la seccional del Estado de Bolívar; pues, aunque el artículo 168 del Código de Comercio de ese Estado llamaba porteamiento á la conducción de mercaderías por ríos, se comprende que en el régimen federal ello se refería á ríos interiores de los Estados, ó sea, á los que, á diferencia del Magdalena, nacían y terminaban dentro del territorio de cada uno de aquéllos, como se deduce del artículo 16 de la mencionada Constitución.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bolívar ha resuelto que el contrato es de la clase de los innominados *do ut facias*, porque provino de invitación pública hecha para ajustársele.

Discrepa de esa opinión la que yo sustentó.

La Ley 5.ª Título 6.º Partida 5.ª consideraba innominadas algunas convenciones, porque se prescindía de darles completa estructura jurídica; pero los Códigos Civiles modernos,

entre ellos el colombiano, han confundido la materia de aquellas convenciones con la de las conmutativas onerosas, y las han sujetado á las reglas especiales prescritas para éstas.

Ni el contrato del señor Mainero sería nunca el innominado *do ut facias*, porque, en éste, la cosa que se daba no podía ser dinero en cantidad fija como la que Mainero debía recibir, pues que de otro modo, resultaría el nominado de arrendamiento de servicios.

Y la licitación es fórmula adoptada por el Gobierno para procurarse ventajas por medio de la concurrencia de postores ; pero no trasciende al contrato ni le imprime carácter, porque no produce derechos ni obligaciones, ni entra en las cláusulas de aquél, dado que para nada se la menciona.

Provocada la licitación para enajenar un bien nacional, si se le enajena, el Código Fiscal titula esto *compra-venta* y lo deja sometido á las formalidades de la enajenación de las cosas de particulares.

Yo estimo que el contrato es de fletamento.

El señor Mainero cedió el uso de sus buques para que se cargara en ellos el correo de encomiendas de oro, plata y piedras preciosas, objetos de comercio, y se le condujera luégo á Barranquilla ó Cartagena, según el caso.

Esto, á todas luces, es un contrato de arrendamiento de transportes, de conformidad con los artículos 1973 y 2070 del Código Civil.

Dicho Código distingue en su artículo 2078 que las prescripciones particulares del de Comercio sobre transportes, excluyen todas las de orden común.

Y el Código Marítimo antedicho, único vigente en la Nación en 1881, pues el de 1853 en su parte relativa al comercio terrestre había pasado á ser ley de los Estados, enseña en su artículo 160 que es "fletamento un contrato de *transporte* por el que el naviero *arrienda* á otro la nave y se obliga á *conducir en ella* mercaderías por un precio convenido."

Equipárense los pormenores de este artículo con las estipulaciones del contrato del señor Mainero y se palpará que entre ellas hay una perfecta igualdad, de modo que ese contrato es y no puede menos que ser de fletamento.

El doctor Baéna piensa que no lo es, porque los interesados no se sujetaron á las formalidades del conocimiento, sino que señalaron modo para el recibo del correo.

Mas, vosotros sabéis que el Legislador sólo fija bases gene.

rales para los contratos y deja para los contrayentes los detalles en cada caso que ocurra, sin otra limitación que la de los pactos reprobados por derecho, con la adición de que en el fletamento se pueden consignar estipulaciones nuevas, distintas de las de la ley, á virtud del inciso 11 artículo 171 del Código de Comercio marítimo.

Por tal motivo, como ese Código no inventa modelos de recibos de mercaderías, el Gobierno y el señor Mainero tuvieron que establecer uno adecuado para el excepcional y delicado asunto de encomiendas de objetos valiosísimos, eficaz para rodearlas de seguridad y prevenir disputas.

¿Conseguiríase esa seguridad con la desnuda anotación del número, cantidad y calidad de las cajas prevenida para el conocimiento? ¿Se impediría una disimulada ó encubierta violación de aquéllas? ¿Cómo descubrir que la violación se efectuó en tierra ó dentro del buque?

Obsérvese que en el contrato se empleó la palabra planilla en vez de la de conocimiento; pero es que los contrayentes, aun ateniéndose al tecnicismo postal, dieron á las expresiones poca importancia, pues decían planilla, factura &c. sin distinción, y si hubieran cambiado adrede las voces, éste sería un error manifiesto, y ni los errores ni las convenciones de los particulares autorizan la transgresión de las leyes: artículo 16 del Código Civil.

Ni meros accidentes de palabras comunican naturaleza á las convenciones; ésta es obra del propósito con que se las celebra, y de la sustancia que se les asigna, quedando las palabras subordinadas á la materia.

Y tráigase á la vista una planilla y se advertirá que contiene los requisitos de un conocimiento: expresión de los nombres del buque, del Capitán y del Mensajero del correo que hace de cargador y consignatario, pues que á él son devueltas las cajas al costado del buque; los puntos de carga y descarga; el número, la cantidad y la calidad de las cajas y las firmas del Capitán y Mensajero.

Se omite el flete, porque está determinado en la escritura del contrato, la cual fue extendida por el Gobierno y el señor Mainero para que sirviera y figurara como póliza de fletamento en observancia del artículo 168 del Código; y se omite también una que otra circunstancia que, por referirse al comercio marítimo, no es de forzosa aplicación al fluvial, según el artículo 1.º de la Ley 35 de 1875.

Y nótese que el artículo 5.º del contrato asigna fuerza probatoria á la planilla; lo cual revela que los contrayentes la consideran como verdadero conocimiento, puesto que ellos

no pueden crear pruebas judiciales ni dotar de valor á los documentos que otorguen : esto es de ley.

Obsecación repugnante sería, pues, negar al contrato del Gobierno con el señor Mainero el distintivo de transporte marítimo ; y por consiguiente, las controversias que acerca de él se susciten y que no puedan decidirse por sus estipulaciones, lo serán por el Código de Comercio de 1870, en acatamiento de la doctrina sancionada en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Del contrato que he analizado, ha sido cesionaria la Compañía de Navegación del Dique de Cartagena ; á ella aludiré en el resto de este memorial.

Los señores F. Restrepo é Hijos y Fergusson, Noguera y C.^a promovieron demanda ante el Juez 1.^o del Circuito de Barranquilla contra la referida Compañía del Dique para que se la obligue como contratista y como naviera del vapor *Cartagena*, á devolver diez barras de oro ó su valor en dinero ; las cuales suponen que fueron entregadas al Capitán A. Navarro y que desaparecieron dentro de aquel buque.

Pronuncióse en esa demanda sentencia condenatoria ; la cual fue revocada por el Tribunal Superior de Bolívar absolviendo á la Compañía ; y los actores han introducido el recurso de casación que ha colocado el pleito bajo vuestra jurisdicción, y que me induce á elevaros mi voz como mandatario del demandado.

Oídmé, pues :

No se procede á libre albedrío al acogerse á aquel beneficio, no basta que se le use sencillamente : como arbitrio extraordinario debe ser deducido, con verdad y exactitud, de alguna de las fuentes preestablecidas por la ley, so pena de ser desatendido.

Los recurrentes marcaron en escrito de 25 de Mayo los defectos que atribuyen á la sentencia ; que la anulan é infirman y dan lugar á la casación ; mas, aquéllos son supositicios ; y yo lo demostraré, para que decidáis que la aludida revocación ha de prevalecer, porque lejos de ser lesiva, es protectora de un derecho adquirido.

La materia del litigio ha sido debatida hasta el fastidio ; está agotada y al volver á disertar sobre ella habré de copiar mucho de lo expuesto ya.

Es la primera causal de nulidad que se pretexta, la de “ que la sentencia viola, en su parte dispositiva, leyes sustan-

tivas y doctrinas legales, y se la funda en interpretación errónea de las unas y de las otras.”

Aducida esa causal, debióse especificar la ley y la doctrina conculcadas y la interpretación hecha para que pudiera apreciárselas ; pues que así está prevenido perentoriamente en el artículo 41 del Código Judicial.

No se llenó esa formalidad bien ni mal.

Expresóse esto : “ Las razones en que me apoyo son las expuestas en los alegatos de 1.ª y de 2.ª instancias conducentes á demostrar la entrega de las cajas al Capitán y la responsabilidad de la Compañía.” Pero, razones no son ley, doctrina ni interpretación ; y menos razones emitidas antes de la publicación de la sentencia acusada, pues que ésta es posterior á los alegatos y en ellos no pudo dejarse constancia de violaciones que habían de ocurrir en época futura.

Después se agregó : “ hay interpretación errónea porque se calificó de innominado el contrato contra lo preceptuado en el Código Civil, y porque se creyó que el ordinal 4.º del artículo 55 del de Comercio marítimo expresa una cosa que no contiene.”

Interpretación es “ la explicación de las cosas dudosas,” según el Capítulo 4.º Título preliminar del Código Civil y los artículos 4.º y 5.º Ley 153 de 1887.

Y el Tribunal no ha dicho que el Código Civil y el ordinal citado sean de expresión oscura y dudosa, ni que los aplicaba por vía de interpretación ; al contrario, usó sus prescripciones como claras y terminantes.

Habría, pues, buena ó mala aplicación ; pero no aplicación por interpretación, como lo pretenden los recurrentes.

Además, para que la interpretación vicie la sentencia es indispensable que ésta estribe en aquélla su parte resolutive ; lo cual no acontece en el caso de que trato, pues que el Tribunal declara que lo hace en las circunstancias de que ni el Mensajero entregó ni el Capitán recibió las barras de oro ; circunstancias basadas directamente, no en interpretaciones de leyes ni de doctrinas, sino en el resultado de los autos y á virtud de la disposición de derecho que enseña que los contratos reales, como lo es el del Gobierno con la Compañía, estímesele de depósito, de porteamiento ó de transporte, no se perfeccionan sino después de la tradición de la cosa. Léanse los artículos 2237 del Código Civil ; 182 del de Comercio del Estado de Bolívar ; 2070 y 2076 del citado Código Civil ; 238 á 259 del de Comercio marítimo ; y 4.º y 5.º del mismo contrato de la Compañía.

Los recurrentes no pudieron ó no quisieron, pues, introducir en forma regular la causal primera.

Sin embargo, para continuar la discusión, apuraré la materia, y me daré por notificado de que las leyes violadas según el memorial de 25 de Mayo, son las que disponen que el Capitán devuelva lo que recibe y que la Compañía responde de los hechos de aquél.

Para que exista esa violación, es indispensable que esté legalmente comprobada en el proceso la entrega de las barras de oro extraviadas; pues que esto es deber inherente del actor y donde no hay entrega no puede haber restitución.

En mis alegatos anteriores he evidenciado que no está creada aquella comprobación; y mi argumentación no ha podido ser rebatida, porque tiene fundamento en terminantes preceptos jurídicos.

Así, nada que sea original ó nuevo puedo presentar; y consiguiente es que hoy me constriña á reproducir compendiado lo que tengo escrito, prometiéndome que os serviréis recorrer mis indicados alegatos en los cuales hallaréis detallados debates.

Los actos y documentos únicos que al intento pueden consultarse son éstos:

1.º Un pasaporte expedido por el Administrador principal de Correos de Medellín al Mensajero Félix Mejía V., en el cual se anotó que éste recibió de aquél unas cajas de encomiendas cerradas y selladas. Fojas 110 del tercer cuaderno de los autos.

2.º Una nota puesta al pie de ese pasaporte por el Administrador subalterno de Puerto Berrío concebida así: Llegó el correo entregó lo de su cargo y siguió viaje

Esos documentos carecen en absoluto de toda significación legal en el pleito, porque la Compañía del Dique no intervino en su confección, directa ni indirectamente; ni acreditan hechos personales de ella ó de sus agentes que los comprometeran de algún modo.

3.º Otra nota extendida por el señor G. Vélez al pie del propio pasaporte, así: "Recibí 22 cajas cerradas y selladas y una mochila conteniendo dinero. Por el Capitán: G. Vélez."

Insustancial es también ese recibo, porque está desnudo completamente de todo mérito probatorio y de toda influencia en el litigio.

Vélez cuando lo firmó era persona particular ó privada, puesto que no llevaba investidura que le hubiera sido conferida por un empleado público: el recibo es, pues, documento simple: reconocido por Vélez, á él sólo obligaría.

El Director de la Compañía del Dique y el Capitán del *Cartagena* no suscribieron el recibo; no presenciaron su expedición; no lo hicieron suyo. Ninguna responsabilidad emanante del recibo les alcanza y liga, porque no se contrae *contra un tercero* sino cuando se posee autorización para ello.

Y Vélez no tenía esa autorización; 1.º porque ni la Compañía ni el Capitán lo habían constituido su mandatario ó representante; 2.º porque la Compañía y el Capitán no han reconocido la exactitud del recibo de la manera expresa detallada en los artículos 679, 691 y 694 del Código Judicial para los casos en que se use de documentos que no estén firmados por la parte contra quien se exhiben; 3.º porque no aparece que el Director ó el Capitán hubieran visto el recibo ó lo hubiesen aprobado siquiera tácitamente; y 4.º porque el mismo Vélez declara á fojas 62 del tercer cuaderno del expediente que él no fue autorizado por el Capitán.

Vélez tampoco pudo proceder por motivos propios ó personales á expedir el recibo: 1.º porque si se registra el Código de Comercio marítimo se observará que el inciso 7.º del artículo 90 da al Capitán la función de librar los recibos de carga; y si se registra el contrato del Gobierno con la Compañía, el cual hace de ley en el particular, se observará también que el artículo 4.º atribuye al Capitán como *facultad privativa*, la de firmar la planilla justificativa de la entrega de las cajas de encomiendas; y 2.º porque ni el Código ni el contrato permiten al Capitán delegar la función de recibir ó dar recibos; y si enferma ó se inhabilita, entran el Piloto ó el Contraamaestre á sustituirlo, de conformidad con los artículos 108 y 114 del citado Código, y son éstos los que expiden los recibos, pero con el nuevo carácter de Capitán que han asumido.

El recibo no demuestra, pues, que se entregó el correo al Capitán.

Se ha alegado que en Barranquilla existe la costumbre de que los Contadores firmen los conocimientos por los Capitanes; y esto á nada conduce, ya porque, según los artículos 8.º del Código Civil y 2.º del de Comercio de Panamá, la costumbre contraria á la ley no tiene fuerza, y visto queda que la de que se trata pugna con el Código de Comercio marítimo y el contrato; ya porque, según el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, la costumbre, siendo legítima, sólo es aplicable cuando falta legislación positiva, y para resolver si el Contador pudo librar el recibo, existen las prescripciones legales, terminantes y precisas que dejo citadas; ya porque Vélez no firmó sino un recibo aislado sin forma de conocimiento; ya porque la costum-

bre alude al hecho de firmar, *pero no al de recibir*, y los mismos conocimientos presentados por los demandantes indican que el propio Capitán recibió las mercaderías que ellos describen á pesar de ir firmados por el Contador.

Agréguese que en la cuestión no es el recibo el que aparejaría jamás una prueba plena, sino el conocimiento conforme al artículo 253 del Código de Comercio marítimo, ó la planilla según el 4.º y el 5.º del contrato.

Empero, para la controversia, no es la legitimidad y exactitud del recibo; no es la circunstancia de que éste comprometa al Capitán, lo único que debe inquirirse; nó, debe buscarse esto que también hiere sensiblemente la cuestión: “si ese recibo arroja una prueba indubitable de que las mismas 22 cajas despachadas en Medellín para la Agencia Postal de Barranquilla; de que todas, todas esas cajas entraron *intactas al vapor Cartagena.*”

“Yo sostengo que el recibo no tiene ese mérito, porque al decir el Contador que recibió 22 cajas cerradas y selladas, habla de cajas indeterminadas é inciertas; y si alude á ellas de un modo absoluto y abstracto, nadie tiene derecho para concretar y aplicar el recibo á cajas especiales ó conocidas.

“Si el Contador no designa la procedencia de aquéllas; si no declara que salieron de Medellín; si no las particulariza por los signos distintivos de su número, marca y peso, temerario sería deducir del recibo una comprobación convincente de que el Contador lo expidió por las mismas cajas en las cuales se guardó el oro en Medellín, puesto que pudo sustraerse en tierra una legítima y llevarse al vapor otra falsificada.”

4.º Las declaraciones del Capitán A. Navarro y del Contador G. Vélez rendidas ante el Alcalde de Barranquilla, corrientes á fojas 13 y 14 de la 1.ª pieza del expediente.

Aquéllos dicen: “Nos consta que se embarcaron 22 cajas de oro y plata y que el 30 de Mayo se advirtió que faltaba la número 13 que en barras contenía 5,546 £.”

Y yo les he opuesto estas tachas considerando las declaraciones en sí mismas y aisladamente:

“1.ª *Los testigos no dan razón de su dicho, pues no expresan el medio por el cual supieron que las cajas encerraban oro, si de vista ó por haberlo oído indicar á otro.*

“2.ª De las propias declaraciones y de otros lugares del proceso resulta que Navarro y Vélez son testigos de referencia, pues es imposible que ellos *hubieran visto* que las cajas guardaban oro y que tál ó cuál caja contenía ésta ó la otra cantidad.

“Las cajas entraron al buque cerradas y selladas y cerradas y selladas viajaron y fueron recibidas en Barranquilla.

¿Cómo habrían podido Navarro y Vélez ojear y palpar el contenido de las cajas? ¿Serían éstas formadas con láminas transparentes de cristal? Nó, lo fueron de madera, de madera que hacía del interior de las cajas un secreto impenetrable.

“Las cajas no fueron examinadas en sí ni en su contenido. ¿Cómo averiguar Navarro y Vélez que había una de un valor de 5,546 £? ¿Cómo conocer el monto de una cantidad sin escudriñar los elementos que la representan? ¿Cómo saber que una bolsa encierra cien monedas de á \$ 0,20 sin contarlas?

“Imprescindible es, pues, desechar esas declaraciones, porque se hallan en estas condiciones del artículo 636 del Código Judicial: ‘En ningún caso hará fé el dicho del testigo si él no expresa clara y distintamente el medio como ha conocido los hechos de que expresa tener conocimiento, y si de esa expresión no resulta que el testigo declara de sus propias directas percepciones.’

“Además, Navarro y Vélez declararon ante el Alcalde de Barranquilla y, para que valiera su testimonio, era necesario que ellos lo ratificaran dentro del juicio promovido por Restrepo & Hijos, en observancia del artículo 150 de la Ley 57 de 1887.

“Esto es de rigor legal, porque la ratificación es propiamente una nueva declaración, pues el testigo debe hacer en ella una sucinta exposición de los hechos. Si se limita á decir que se ratifica, sin tener qué añadir ni quitar, la ratificación no vale. Artículo 638 del Código Judicial.

“Bien, Navarro y Vélez, al ratificarse, expusieron ‘que lo que ellos declararon ante el Alcalde de Barranquilla lo saben porque lo oyeron referir al Mensajero Mejía.’

“Con esas breves y sencillas palabras, las declaraciones quedaron desnudas de todo mérito jurídico, á virtud de este precepto del artículo 608 de aquel Código: ‘No tiene fuerza el testimonio del testigo que depone sobre algún hecho porque lo ha oído referir á otro.’

“Y Navarro y Vélez, declarando aquello, declararon lo único que les era permitido; lo único que aparecía verosímil ó posible; lo único que podía creerse, esto es: que no vieron lo que guardaban las cajas.

“Si hubieran dicho que lo vieron, habría que tenerlos como testigos falsos y someterlos á juicio, porque del expediente mismo resulta que es imposible que ellos hubieran inspeccionado el *interior* de las cajas, puesto que cerradas y selladas permanecieron durante el tiempo en que Navarro y Vélez pudieron ponerlas al alcance de su vista.”

No hay otros documentos relacionados con las barras de oro.

Y después de lo relatado ¿ habrá quién dude que el correo no fue entregado? ¿ Reza siquiera alguno de aquéllos que el Capitán presencié el embarque de las encomiendas? ¿ Reza alguno que durante la navegación se ejecutó un solo acto conducente á la entrega? Y á esto accede la circunstancia de que no se dejó esa entrega sujeta á las reglas comunes; nó, el artículo 4.º del contrato del Gobierno con la Compañía crea, señala un modo especial, cierto para ella; á saber: recuento, repeso, verificación del número y de las marcas de las cajas y su cruzamiento con cuerdas selladas, haciéndose constar todo esto en planillas firmadas por el Mensajero y el Capitán; y esa estipulación que se escribió para ser cumplida, estableció una condición suspensiva de la obligación, en esta forma: "si no se entrega de conformidad con el contrato, las cajas no viajan, no son conducidas bajo la garantía de correo de encomiendas á cargo de la Compañía del Dique; porque siendo real el contrato, según queda asentado, todas y cada una de las obligaciones provenientes de él, no nacen, no obran resultado sino mediante la entrega del correo que le sirve de materia, efectuada de conformidad con el mismo contrato, según lo tienen reconocido unánimemente todos los Jueces inferiores y todas las partes del juicio."

Alguno ha soltado la especie de que el embarque de las cajas implica su entrega; pero vosotros miraréis esto con desdén, pues que es una manifiesta rebelación contra la ley y el sentido común, y un ataque directo contra la industria del comercio.

Contra la ley, porque el embarque no queda aceptado ni admitido por el cargador y el Capitán sino luégo que se le reconoce bajo la firma de aquéllos en la escritura llamada conocimiento, debidamente redactada; de tal suerte, que en ausencia del conocimiento, el embarque no produce efectos en juicio y el cargador no puede demandar del Capitán nada referente á la carga, pues los Jueces deben desoírlo, en acatamiento de las prescripciones de los artículos 238, 239 y 258 del Código de Comercio marítimo.

Y si se embarcan mercaderías sin póliza ó conocimiento, el importador no goza del carácter de cargador sino cuando las entrega al Capitán y las pone al cuidado de él; si no las entrega, queda en su persona y efectos en concepto de pasajero común, y el Capitán ni cuida las mercaderías ni está obligado á restituírlas: artículo 273 del Código de Comercio marítimo.

Por tanto, si las cajas conducidas por Ramón Mejía O. entraron al *Cartagena* sin conocimiento ni documento alguno que lo supla, ellas tenían que viajar en el buque, porque no se podía arrojarlas al agua; pero viajaban como bultos alejados é independientes del Capitán, contra quien no hay acción judicial, atendido que el conocimiento y la planilla son las fuentes, los elementos generadores de la obligación, creados por la ley y por el contrato.

Y ¿es siquiera concebible que pueda perseguirse la responsabilidad del Capitán por objetos que no recibió ó de que no se prueba que se ha dado por recibido? Nó; porque eso daría ocasión á absurdos monstruosos que concluirían con la navegación, pues que no habría quien cargara con los riesgos de la Capitanía de los buques.

Pocos serían, en efecto, los que redactaran conocimientos, porque así les quedaba camino expedito para defraudar, pidiendo diez bultos el que introdujo cinco, reclamando la entrega de una caja llena de oro el que embarcó una llena de hierro. Y ¿cuál medio de defensa quedaba para el Capitán? Es que se confunde tristemente la función de conducir con la de custodiar.

El Capitán, pues, no recibió las cajas de encomiendas, no quedó comprometido; y si desapareció una, no puede imputársele ni demandársele hecho alguno culpable. Quien nada recibe nada tiene que devolver.

Y como la responsabilidad de la Compañía del Dique es subsidiaria de la del Cápitán, si no existe la de éste, menos puede existir la de aquélla.

Ahora, quién sea el descuidado ó culpable por la omisión del conocimiento y de la planilla, ya he demostrado en mi alegato de 1.^a instancia que lo es el Mensajero encargado por la ley y el contrato de confeccionarlos, de presentarlos al Capitán y de instar á éste para que reciba el correo.

El Tribunal, pues, no ha quebrantado ley ni doctrina al rechazar la demanda; al contrario, dió fiel cumplimiento al artículo 542 del Código Judicial.

Y es corolario de todo: que no se ha incidido en la 1.^a de las causales de nulidad.

La 2.^a de las alegadas por los recurrentes es: “que en la sentencia se han hecho indebidas aplicaciones de leyes y doctrinas al caso del pleito.”

“Al caso del pleito,” se dice, lo cual equivale á decir:

“ al suceso, al acontecimiento que ha dado lugar al pleito, ”
y ese suceso es la pérdida de una caja y su restitución.

Objétase como aplicación indebida, la que el Tribunal ha ejecutado del ordinal 4.º del artículo 55 del Código de Comercio marítimo haciéndole expresar lo que no contiene.

Esto es imaginario, y proviene del error de creer que el Tribunal se remite á la edición del Código de 1873 al mencionar el ordinal 4.º del artículo 55, cuando es á la de 1870 como la misma sentencia lo advierte; conforme á la cual edición dicho ordinal 4.º dice esto:

“ El naviero está obligado..... A responder civilmente de los actos del Capitán ya impliquen un delito, ya una culpa.”

Y jamás se hará aplicación más oportuna, más correcta de ley á un pleito, en virtud de que si Restrepo & Hijos persiguen á la Compañía del Dique porque, como autora de la expedición del *Cartagena*, hizo suya la culpabilidad del Capitán, aquella disposición se adapta justamente á la materia del litigio, pues se reconoce el propio caso de responsabilidad alegado por los actores.

Dícese que se ha hecho igualmente indebida aplicación del Código ó ley sustantiva civil al declararse, como se declaró, que es innominado el contrato ajustado entre el Gobierno y la Compañía del Dique; pero esto es impertinente, porque el Tribunal no ha expresado que se valía de aquel Código al pronunciar esa declaratoria; y si lo hubiera expresado, resultaría que el Código había sido aplicado, *no al caso del pleito*, sino, como punto accidental, á la naturaleza de un contrato que no está puesto en tela de juicio.

Aunque es doctrina, según lo indican los recurrentes, que el contrato hace de ley entre las partes, esto es indiferente, porque el Tribunal, en vez de pugnar con esa doctrina, reconoce que el antedicho contrato del Gobierno compromete á la Compañía del Dique, por medio de esta expresión de la sentencia: “ la responsabilidad de la Compañía no puede exigírsele sino en su calidad de naviera del *Cartagena* por hechos de su Capitán,” y es la calidad de naviera la que el contrato da á la Compañía, pues que al que como ella, cede el uso de sus buques para transportar mercaderías, lo llaman naviero los artículos 2070 del Código Civil y 160 del de Comercio marítimo. Y si la sentencia expresa que la Compañía no ha incurrido en responsabilidad: 1.º porque ningún hecho del Capitán la ha comprometido como naviera; y 2.º porque no habiendo contratado directamente con los demandantes, ninguna obligación ha contraído con ellos;” ello,

en buena lógica, no se asienta como doctrina, sino como consecuencia y aplicación de antecedentes consignados en la parte considerativa ó expositiva de la sentencia, según ella misma lo explica. En efecto, la Compañía sólo ha podido comprometerse con Restrepo & Hijos, ó como contratista especial de la conducción del correo, ó como compañía simple y desnudamente, y la sentencia lo que hace es declarar que la Compañía no está comprometida ni como naviera contratista, porque el Capitán no la ha obligado, ni como compañía porque no tiene contrato con Restrepo, lo cual es exacto, pues su contratante es el Gobierno.

Pero los recurrentes se apoderan de períodos de la sentencia para analizarlos aisladamente, descomponiendo la significación general de ella.

No se ha señalado ninguna otra indebida aplicación de ley ó doctrina, ni de la sentencia resulta tampoco que se haya hecho.

La 3.^a causal de nulidad alegada es: “no ser la sentencia congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.”

Más claro, no haber recaído la sentencia sobre lo demandado, según lo previene el artículo 835 del Código Judicial.

Para fundarla, se aduce lo siguiente:

Se ha sostenido por los demandantes que el contrato no es de fletamento: que el Capitán es responsable de los bultos desde que se hace cargo de ellos en el buque: que las omisiones de él obligan á la Compañía; y no obstante esto, el Tribunal establece una doctrina contraria á tales apreciaciones.

Y la sentencia decide que el contrato participa de la naturaleza del de fletamento; que el Capitán responde únicamente cuando recibe; que aquél no recibió y que, por esto, ni es culpable ni obligó á la Compañía.

¿No cae esa decisión del Tribunal firme y de lleno sobre la misma, sobre la propia pretensión á que se refieren los actores? ¿No hiere una cuestión suscitada y habida entre los dos litigantes?

¿Dónde está, pues, la incongruencia, la desconformidad entre lo pedido y lo resuelto?

Más, parece que se juzga que hay incongruencia cuando no se decide de acuerdo con lo que cada parte pretende; lo cual es irrazonable, porque el oficio del Juez es escoger entre intereses opuestos lo que crea legal; y desde que falla, concediendo ó rehusando lo disputado, hay congruencia entre la

disputa y el fallo. ¿ Es siquiera imaginable que el Juez pueda conceder simultáneamente á cada parte lo que pida para ella ?

Si así fuera, no habría sentencia libre de la casación, pues no hay una sola en que no se rechace la demanda ó la excepción ; y entonces, en vez de asignarse nueve causales para el recurso, la ley habría establecido sólo la de la incongruencia.

También se dice por los recurrentes que hay incongruencia, porque las partes manifestaron en los alegatos escritos y verbales que es de estricta aplicación al pleito el artículo 837 del Código Judicial, por cuanto dispone que el objeto del procedimiento y las reglas dadas sobre él, es el de que la sentencia sea conforme con la verdad de los hechos y con la ley sustantiva en el derecho ; y que el Tribunal nada ha dicho sobre aquel artículo y absolvió á la Compañía.

Exótico es esto, porque aplicar ó no un artículo de ley, considerar que es ó no aplicable, y aplicarlo de este ó del otro modo, son puntos de bueno ó mal criterio, de pericia en el derecho ; pero no representarán nunca pretensiones de las partes concernientes á la materia del pleito, sobre las cuales pueda dictarse resolución congruente ó incongruente, porque tales pretensiones no pueden recaer ni versar sino sobre hechos ú omisiones de las mismas partes, según el artículo 836 del Código Judicial.

Alegar que se debe acomodar un artículo ó que se debe entender de determinada manera, no pasa de ser un razonamiento.

La 4.^a causal de nulidad apuntada por los recurrentes es “ condenar á más de lo pedido ó no contener la sentencia declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.”

La sentencia es absolutoria ; no puede haber condenación excesiva ni deficiente.

E importa anotar aquí, tanto por su conexión con esta cuarta causal como con la 3.^a anterior, que no son pretensiones oportunamente deducidas por las partes sino las que introdujeron, el actor, en el libelo de demanda, y el reo, en la contestación, pues que son éstas las que puede abrazar exclusivamente la sentencia, según el artículo 835 del Código Judicial.

En la demanda solicitaron Restrepo é Hijos que se obligara á la Compañía del Dique á entregarles diez barras de oro ó su importe en dinero con los respectivos intereses ; y

la sentencia resuelve que no se ha acreditado la acción y que en consecuencia no debe hacerse el pago pretendido.

¿Quedó ó nó resuelto todo lo demandado?

Y la Compañía interpuso la excepción de prescripción, y el Tribunal la rechazó expresamente.

¿Cuál es, pues, la cuestión que ha quedado pendiente? Nadie lo sabe, porque los recurrentes apenas dicen á ese respecto que el Tribunal no relacionó las pruebas producidas ni las apreció; pero las pruebas en sí no envuelven ni pueden envolver puntos contenciosos de ninguna clase; y menos las cuestiones de hecho de que habla el artículo 836 del Código Judicial; ellas son apenas un elemento demostrativo de los hechos sobre los cuales versan las cuestiones.

No relacionar ó no estimar las pruebas acusa mala redacción ó mal pronunciamiento de la sentencia; mas aquella omisión no la viciaría, no la invalidaría, pues así lo determinan los artículos 177 y 338 de Ley 57 de 1887; y menos serviría de motivo para la casación, porque lo resiste el inciso 9.º del artículo 38 del Código Judicial, supuesto que una mala redacción no entraba á los litigantes sus derechos de ataque ó de defensa.

La sentencia sólo es anulable por defectuosa redacción cuando no fija los derechos y obligaciones de las partes, defecto de que no adolece la de que trato; y en aquel caso ellas tienen á mano el recurso común de pretender la invalidación ante los mismos Jueces que la dictaron, según el artículo 177 citado; y vosotros sabéis que cuando la ley brinda derechos ó expedientes ordinarios, como el mencionado, los extra-ordinarios, como el de casación, no tienen cabida.

Y lo más notable es que á primera vista se comprende que el Tribunal relata en la sentencia los hechos cardinales en que se apoya la demanda, las pruebas aducidas pertinentes á esos hechos y su influencia en el pleito. Sólo prescinde de aquello que, considerado, no cambiaría *las conclusiones establecidas*.

La 5.ª y última causal de nulidad alegada es “que en la sentencia se estimaron mal las pruebas de los demandantes.” Para hacer constar esa indebida apreciación se ha expresado lo siguiente:

1.º “Cree el Tribunal que el recibo firmado por el señor G. Vélez fue expedido sólo por éste, cuando lo fue también por el Capitán como lo indica la fórmula: “Por el Capitán,” que se usó.”

Esta fórmula si algo significa, es que Vélez se hizo Capitán y dijo que obraba como tal por su propia y exclusiva cuenta, pues es sabido que en el comercio y en las negociaciones comunes el que desea mostrar que procede á nombre y en representación de otro escribe esto: "Por orden ó por poder de Fulano."

Y en el caso cuestionado no hay necesidad de interpretaciones, dado que el mismo Vélez declara á fojas 62 del tercer cuaderno de los autos que no fue autorizado por el Capitán para recibir cajas ni para librar recibos.

2.º "Cree el Tribunal, equivocadamente, que hay disposición legal que previene que el recibo expedido por el embarque de las encomiendas sea firmado por el Capitán y que prohíbe que otro lo haga por éste."

Sí existen las disposiciones preceptiva y prohibitiva que se niegan.

La primera está contenida en los artículos 241 del Código Marítimo y 4.º del contrato; y la segunda en los artículos 1505 y 1506 del Código Civil que permiten que uno contraiga á favor de otro, pero no en contra, como lo había hecho el Contador con el Capitán firmando el recibo.

3.º "Cree el Tribunal que es indispensable que el correo sea entregado al Capitán por el Mensajero; y es inexacto."

La tenencia de las cosas no pasa legítimamente de una persona á otra sino cuando el que la cede puede disponer de ella, porque ninguno confiere derecho que no posee; y en el particular el tenedor es el Mensajero y él es el facultado por el Gobierno para entenderse con el Capitán; no lo son sustitutos nombrados sin autorización por Administradores de Correos ó por el mismo Mensajero. La función de nombrar es privativa del Gobierno, y si se incapacita el Mensajero, á la autoridad local es á quien toca hacer la sustitución, según el artículo 544 del Código Fiscal.

Si el que entrega no es Mensajero, tampoco es, pues, agente del Gobierno; no obliga á éste y la operación es viciosa.

4.º "No ha querido convenirse en que tratándose de cosas que se depositan para ser transportadas, la circunstancia que compromete á devolverlas es la de hacerse realmente cargo de ellas." Esto no pasa los límites de una petición de principio, porque se parte del supuesto de tener como justificado lo que no se demuestra que lo esté; á saber: que el Capitán se constituyó depositario del correo y que se hizo cargo de él.

Es que se abriga la idea de que permitir que la mercadería éntre al buque, es la acción personal, activa de recibirla

el Capitán bajo cuenta y razón; olvidando que la ley enseña que aquel permiso no acarrea para el Capitán sino la obligación de no sacar la mercadería del buque hasta que no llegue á su destino, pues para esto es para lo que las embarca quien nos las pone especialmente al cuidado del Capitán.

De otro modo brotaría el despropósito de que el cargador, el pasajero y el introductor fraudulento serían iguales en derechos, y entonces no se habría establecido el conocimiento, ni se habría sancionado en el Código Marítimo la disposición del artículo 273, á virtud de la cual el Capitán no responde de los efectos que un pasajero no pone á su especial cuidado, ni la del 185 que permite al Capitán desembarcar y depositar en el primer puerto las mercaderías clandestinas.

5.º “ Cree el Tribunal que el Capitán no recibe, si no se le intima para ello, lo cual es incierto.”

Los artículos 241 del Código Marítimo y 4.º del contrato ordenan al Mensajero que al pisar el vapor presente al Capitán el conocimiento ó planilla de carga; y esa presentación implica un cabal requerimiento para que se reciba el correo como acto inicial ó declaratorio de la voluntad del Mensajero para entregar.

¿Cómo prepararse el Capitán para recibir si no se exhibe la planilla, base necesaria para la entrega?

6.º “ El Capitán declaró que contaba las cajas por curiosidad lo cual demuestra que las recibió.”

El que tiene á su cargo y cuidado una cosa, dice que la invigila por apremiante deber y para atender á la obligación de devolverla.

El que dice que la ve por curiosidad, revela que lo ejecuta por pasatiempo ó diversión.

7.º “ El Diario de Navegación del vapor *Cartagena* justifica también que el Capitán recibió las cajas.”

Ese Diario expresa esto: “llegamos á Puerto Berrío y tomamos correo.”

Y esta anotación no es prueba, porque no advierte cuál correo se tomó, si de correspondencia ó de encomiendas; no indica en qué consistía; si en sacos, cajas ó mochilas; no nombra al conductor ni podía nombrarlo, porque en aquel Diario únicamente se apuntan *los accidentes del viaje*.

Es el Libro de Cargamentos el destinado á tratar de los objetos que se embarcan; pero no en la forma abstracta del referido Diario de Navegación, sino con la minuciosidad establecida en el artículo 94 del Código de Comercio marítimo.

Nada más se ha aducido en demostración de que las pruebas fueron mal acomodadas á los hechos.

Además, las irregularidades reparadas por los recurrentes no afectan la parte sustancial del fallo.

Y para abundar dejo trazado en este escrito un examen de dichas pruebas, severo, concienzudo, tan científico como me ha sido posible, y justificativo de que la sentencia las estimó justamente.

No se ha incurrido, pues, tampoco en la 5.^a causal de nulidad; y resulta también que no concurre ninguna de las otras cuatro establecidas en el artículo 38 del Código Judicial y no alegadas por los demandantes, como aparece palpablemente de la misma sentencia. Y como la casación no tiene lugar sino cuando se cae en alguna de aquellas nueve causales, os pido que neguéis el recurso con la respectiva condenación al pago de las costas.

Y para la eventualidad de que entréis á decidir sobre el pleito, os haré una breve mención de las bases de la defensa para que las consideréis.

He opuesto contra la acción, en sí, estas excepciones perentorias:

La de prescripción, apoyada en que el contrato del Gobierno con la Compañía es de fletamento; que la pérdida de las barras de oro es una avería sufrida por las cargas conducidas por el Mensajero: que tengan ó nó derecho Restrepo é Hijos para reclamar resarcimiento de perjuicios, la demanda debió entablarse dentro de los plazos señalados en el artículo 527 del Código de Comercio marítimo.

La de petición de un modo indebido por no haberse presentado ni conocimiento ni planilla de carga; y la de falta de personería ó de pago por haber obtenido Restrepo é Hijos de los aseguradores la correspondiente indemnización del perjuicio causado por la pérdida de las barras.

De estas excepciones, la primera, fue introducida en la contestación; las otras no lo fueron; pero ha de hacérselas valer según el artículo 138 de la Ley 57 de 1887.

Contra la obligación perseguida, he alegado: que el contrato es real; que no obra efectos sino mediante la entrega del correo que le sirve de objeto, hecha al mismo Capitán en la forma ó modo preciso detallado en el artículo 4.^o del mismo contrato; y que cualquiera entrega distinta es nula en su relación con demandante y demandado, conforme á los artículos 1740, 1541 y 1602 del Código Civil.

Respecto de la responsabilidad del Capitán, he expuesto: que no incurre en ella sino por acto notoriamente culpable;

que no puede imputarse á aquél culpa en el extravío de las barras, porque no las recibió, y falta la fuente, la raíz de la obligación de cuidarlas ; aparte de que el Capitán tomó durante el viaje la precaución de seguridad y salvación de todo lo embarcado, acostumbrada en los demás vapores ; esto es, tener uno de los oficiales vigilándolo constantemente.

Cuanto á la Compañía he dicho : que sólo puede hacerse. le cargos por hechos del Capitán declarados culpables, los cuales no existen ; que aun de estos hechos, ella no responde cuando quien los alega es cómplice del propio Capitán, ó cuando la responsabilidad se hace consistir en obligaciones contraídas por aquél sin guardar las formalidades preestablecidas ; casos que ocurren en el pleito. Y que la responsabilidad de la Compañía no puede partir ó nacer, en lo relativo á las encomiendas, sino del conocimiento ó de la planilla del contrato, documentos que no se crearon.

Y contra la sentencia condenatoria del Juez de Barranquilla, he expresado: que entre los incontables defectos que encierra, está el de mandar entregar barras de oro, cuando resulta que lo que entró al vapor fueron cajas cerradas y selladas y de contenido ignorado.

En mis dos primeros alegatos he explanado todas esas alegaciones.

Y ellas os compulsarán, lo espero, á fallar en consonancia con el Tribunal de Bolívar, proclamando la irresponsabilidad de la Compañía del Dique.

Así se dará puntual y escrupuloso cumplimiento á la ley escrita que deja incólumes los intereses de aquélla y se obedecerá la doctrina de equidad que declara: que si es injusto que el individuo pierda lo suyo, lo es más que se imponga la indemnización al que no resulta culpable del acto ; doctrina en la cual descansan estos aforismos aplicables al pleito, y cuya elocuente expresión satisfará aún la conciencia de los enemigos de la Compañía :

“ En caso de duda, la cosa perece para su dueño ; ” y

“ Objeto indeterminado, es objeto que no ha existido en derecho.”

Bogotá, 5 de Septiembre de 1889.

F. DE P. MANOTAS.

Señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

He de dirigirme otra vez á vosotros en representación de la Compañía de Navegación por Vapor en el Dique y Río Magdalena; y aunque me expongo á fatigar vuestra atención, el mandato de la ley y los intereses que sostengo demandan de mi parte un esfuerzo más para replicar al alegato del ilustrado jurisconsulto á quien los señores Fernando Restrepo é Hijos y Fergusson, Noguera y C.^a han encomendado el ejercicio de su personería en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida en 2.^a instancia por el Tribunal Superior de Bolívar. Permitid que cuente con vuestra benevolencia.

Mi honorable contraparte se ocupa generalmente en considerar hechos y aducir razones que desde las anteriores instancias he apreciado y rebatido, y sobre las cuales he disertado en el memorial con que contesté al primer traslado que vosotros me conferísteis de estos importantes autos. No por esto debo dejar de confesar que, leyendo la exposición de aquél, he sentido el influjo de su elocuente palabra y la atracción irresistible de su vigorosa inteligencia; pero después, la calma, la fría calma del raciocinio ha preponderado en mi espíritu, y la fuerza más irresistible todavía de la justicia que asiste á la entidad que represento, ha por completo imperado.

Seguiré en esta réplica el mismo plan que se trazó el abogado de los recurrentes. Consideraré ligeramente la exposición de hechos y su teoría sobre la legislación aplicable al pleito, para luégo tratar con detenimiento de

- La calificación legal del contrato;
- La excepción perentoria de no deber; y
- La excepción perentoria de pago.

En seguida trataré de las excepciones de petición indebida y prescripción que opuse en 1.^a instancia, y de la parte moral de este litigio.

Es entendido que me extenderé á esos tres puntos en virtud de las opiniones emitidas en el escrito que he de confutar; pues, os lo confieso, ahora como antes, abrigo la convicción de que declararéis infundado el recurso.

HECHOS.

El Administrador principal de Correos de Medellín despachó el 13 de Mayo de 1886 el correo de encomiendas de la línea del Atlántico.

Los cincuenta y siete objetos que constituían el correo, fueron depositados en 22 cajas, "no por pertenencia, sino por volumen ó tamaño....., es decir, una misma caja contenía barras (de oro) pertenecientes á diversos dueños."

En la caja número 15, "á la cual, dice la planilla, se le puso el número 13 sobre el forro de costal, se encerraron doce barras de oro," marcadas con determinados números, con determinado peso y aseguradas por determinado número de libras esterlinas.

Más ó menos expone así esos hechos el abogado de los actores; pero debo observar que esa relación no es en todo conforme con el resultado de la actuación.

No es, primeramente, exacto, que el pasaporte entregado al Mensajero Félix Mejía V. diga que á la caja número 15 se le puso el número 13 sobre el forro de costal. A fojas 10 del 7.º cuaderno de pruebas y 17 del 8.º corren dos copias idénticas de aquel documento expedidas por el Administrador de Correos de Medellín, con citación de todas las partes del juicio, y en ninguna de ellas consta la anotación relativa al número 13.

Es en una copia dada á F. Restrepo é Hijos (fojas 8 vuelta primer legajo) antes de intentar demanda contra la Compañía del Dique, y en otras remitidas al Ministerio de Gobierno pocos días después de perdida la caja que ha originado esta litis (fojas 110 y 111 del tercer legajo), en donde corre estampada la aludida nota.

No necesito decir que la discordancia entre unas copias y otras, habiendo sido compulsadas de un mismo original y estando autorizadas por un mismo funcionario público, obliga á considerar aquella nota como falsa. Si no fuera así, ella se registraría en todos los traslados que figuran en el juicio, bien hubieran sido expedidos sin citación de parte, como los que contienen la nota, bien con tal citación, como los que no la contienen.

De los documentos á que me refiero, no he aceptado sino lo favorable. Pero los suplantados en parte notable, sin que los demandantes hayan probado su inculpabilidad, deben en absoluto ser desechados por prescribirlo así el artículo 710 del Código Judicial.

No es, además, exacto, que en los autos haya documento en el cual conste que en la caja número 15 fueron co-

locadas doce barras de oro, marcadas y especificadas como indica la contraparte.

En los autos se encuentra el libramiento dado por mayor número de barras á favor de los demandantes; se encuentra la carta en que éstos avisaban el envío á sus consignatarios de Barranquilla y de Manchester; y también la constancia de las barras que *faltaron* al entregar el correo en la oficina del destino, autorizada por el respectivo Agente Postal.

Pero no se encuentra diligencia que particularice y distinga el contenido de la caja número 15.

Si esa diligencia hubiera existido, habría hecho parte de la planilla de empaque de las 22 cajas. Y no solamente no existió, sino que dicha planilla no contiene expresión de la especie de las barras colocadas en las cajas ni de su peso y seguro (foja 42 del 8.º cuaderno).

“El 27 de Mayo..... embarcó el Mensajero, señor Ramón Mejía O (quien había sustituido por enfermedad y con aprobación de la Administración de Correos de Medellín, al señor Félix Mejía V.) dichas 22 cajas á bordo del vapor *Cartagena*.....”

Las anteriores líneas contienen la falsa aseveración de que Ramón Mejía O. era Mensajero. El no tenía ese carácter; porque para tenerlo le era necesario nombramiento del Poder Ejecutivo, toma de posesión y afianzamiento previo del buen desempeño de sus funciones, como lo estatuye el artículo 255, Cap. 2.º, Tit. 1.º, Trat. 4.º, L. 2.º de la Compilación de las Disposiciones Ejecutivas vigentes (1881), y esos requisitos no concurrían en Mejía O.

En el *Diario Oficial*, número 6466, correspondiente al año de 1885, corre el decreto de nombramiento de los Mensajeros de la línea de Medellín al Atlántico, y entre los nombrados no figura Ramón Mejía O.

El Administrador de Correos de Medellín no tenía tampoco facultad legal para aprobar la sustitución que Félix Mejía hizo, *motu proprio*, de su persona por la de su primo Ramón en la conducción del correo. El Código Fiscal prevé el caso en su artículo 544 disponiendo que si “enferma el correo, la primera autoridad política lo reemplace con un conductor honrado á quien hará entrega de la balija bajo inventario, formado á presencia del primer responsable y del nuevo conductor.”

Ninguna de las exigencias del Código Fiscal fueron lle-

nadas ; al contrario, todas fueron violadas. La llamada aprobación del Administrador de Correos de Medellín es en sí misma un acto ilegal. El artículo 1742 del Código Civil que regía en Mayo de 1886 impedía que fuese validada la sustitución que de su persona hizo Mejía V. y la indebida é informal entrega del correo, porque éste no tenía facultad para ejecutar esas cosas.

Viene en apoyo de los precedentes conceptos la resolución del Ministerio de Gobierno, recaída en la nota que el 19 de Junio le dirigió el citado Administrador de Correos (fojas 43 vuelta á 44 del 8.º cuaderno) y comunicada al Jefe Civil y Militar de Antioquia con fecha 14 de Julio posterior, en la cual se le decía que promoviera lo conveniente en el esclarecimiento del robo de la encomienda “y sobre todo en el cambio de Mensajero sin autorización del Poder Ejecutivo.”

La nota del Ministerio de Gobierno corre en copia al folio 8.º vuelto del 4.º cuaderno de otra demanda entablada por el Banco del Progreso de Medellín y Vengoechea & C.ª de Barranquilla por dos barras de oro contra la Compañía del Di-que. Esa demanda ha sido elevada también por casación al conocimiento de la Corte.

CUESTIONES DE DERECHO.

1.ª

LEGISLACIÓN SUSTANTIVA APLICABLE AL PLEITO.

Es indudable que las demandas de Restrepo é Hijos y Fergusson, Noguera y C.ª deben ser regidas por las leyes nacionales vigentes en Mayo de 1886, bien que no exclusivamente.

El transporte verificado sobre aguas nacionales como el Río Magdalena y sus caños y ciénagas, era en el anterior régimen y en el actual es asunto de competencia nacional ; pero como acto de comercio estaba y está sujeto á las prescripciones de la legislación comercial.

El comercio fluvial está asimilado al marítimo por el artículo 2.º de la Ley 35 de 1875 ; es, pues, claro que á dicho comercio es aplicable el Código Marítimo expedido en 1870.

Cuando hay ley exactamente aplicable al asunto de que se trata, es ésta la que debe regir : artículo 8.º de la Ley

153 de 1887. Y sólo debe ocurrirse á la ley general cuando aquélla no regule íntegramente la materia, pues en los casos de conflicto es la especial la que debe prevalecer.

Tratándose del transporte, el Código Civil sanciona en su artículo 2078 la misma doctrina que la Ley 153. El dice: "Las reglas anteriores se observarán *sin perjuicio de las especiales* para los mismos objetos, contenidas en las leyes particulares, relativas á cada especie de tráfico, y en el *Código de Comercio*."

El Código Civil es la ley general; *las reglas anteriores* son las del Capítulo 10, Título 26, Libro 4.º relativas á toda clase de transporte.

La ley especial prima, pues.

El contrato del cual se hace emanar la responsabilidad que se persigue, fue celebrado en 1881; y la cosa que se demanda se perdió en 1886, cuando el régimen federal aun existía. Esas circunstancias me autorizan para decir que no es exacto que sea la legislación comercial y civil nacional, según el caso, la única aplicable á esta litis; porque el artículo 4.º inciso 2.º del Código Marítimo dice textualmente que, cuando "él se refiera á la legislación civil común....., debe entenderse que se trata de la legislación del respectivo Estado en donde deba tener aplicación."

Más, casos hay en que dicho Código se refiere á la legislación comercial de los extinguidos Estados.

De manera que, partiendo de la letra del contrato de 1881, son leyes pertinentes en este pleito:

La de comercio marítimo expedida en 1870;

Las comerciales del Estado en donde aquélla debió aplicarse, si á ellas se refiriere;

Y la civil nacional sobre transportes, si no perjudica á disposiciones comerciales pertinentes.

2.º

CALIFICACIÓN LEGAL DEL CONTRATO.

Es una gran ventaja, un alivio en los debates forenses tener por contrincante á un jurisconsulto de la talla del que representa á los actores en el recurso de casación.

La calificación del contrato, sin ser punto principal, ha sido lo que más ha dividido las opiniones en las anteriores instancias; y ello sin razón plausible de parte de los demandantes.

En esta demanda, el personero de Restrepo é Hijos y de

Fergusson, Noguera y C.^a no solamente dijo que “enderezaba su acción contra la Compañía del Dique y Río Magdalena como naviera ó armadora del vapor *Cartagena* y conductora del correo de encomiendas,” sino que la fundó en varias disposiciones del Código Marítimo (Fojas 25 á 28 del primer cuaderno).

El Juez de 1.^a instancia, apartándose del parecer de los litigantes, consideró el contrato como de depósito y condenó á la Compañía como depositaria (fojas 79 á 87 del 5.^o cuaderno).

En la 2.^a instancia, el abogado ó personero de los mismos señores tomo distinta vía: estimó que el contrato es el de porteamiento definido y regulado por el Código de Comercio terrestre, expedido en 1853 y vigente en el Estado de Bolívar cuando se extravió la caja de encomiendas, y también que conforme á ese Código debe decidirse el pleito (folios 1.^o á 5.^o del 10.^o cuaderno).

En la 1.^a instancia de las demandas del Banco del Progreso y de Vengoechea y C.^a, á las cuales me he ya referido, sostuvo el personero de ambos cuando alegó de conclusión, que había intentado una acción de depósito, después de haber dicho en el libelo de demanda que la dirigía contra la Compañía que represento, en su doble carácter de naviera y de contratista de la conducción de los correos.

Esta opinión del depósito, encaminada á corregir la acción y á cambiar la legislación que antes se juzgó aplicable, hizo eco en el ánimo del Juez de 1.^a instancia, quien, está visto, la acogió como decisiva.

No obstante, la idea de depósito fue desechada por el personero del Banco y Vengoechea en la 2.^a instancia, quien sostuvo que el contrato era de *porteamiento*.

Fundado el recurso de casación en la demanda de Restrepo é Hijos, su abogado estimó incongruente la sentencia con las pretensiones sostenidas en el juicio, entre las cuales, dijo, estaba la de que el contrato no es de fletamento.

Fundado el recurso en la demanda del Banco, el mismo abogado hizo igual estimación de la sentencia, diciendo que en el juicio se había sostenido que el contrato es de *depósito*.

Por qué tanta veleidad, tanta inconsistencia en las opiniones? Por qué tantas vueltas y revueltas?

Y sin embargo se acusa á la sentencia de incongruente, cuando los demandantes ó sus abogados en ambos litigios y aun el Juez que falló á su favor en 1.^a instancia, no han logrado todavía ponerse de acuerdo ni en la acción intentada ni en la legislación aplicable.

La Compañía del Dique ha sostenido desde la iniciación de uno y otro litigio, su carácter de *fletante* del vapor *Cartagena* y que su contrato para la conducción de los correos es de *fletamento*.

En el alegato que me ocupa, su ilustrado autor dice: "El contrato, materia de este litigio, no es de depósito, aunque participe de su naturaleza;" y con lujo de razones jurídicas funda su opinión. Yo debí tener algún fundamento cuando alegando esas mismas razones y muchísimas más, sostuve idéntica cosa por la prensa y en las dos instancias del juicio.

También condena, bien que indirectamente, la alegación de que el contrato sea de *porteamiento*, pues que dice: "El contrato para la conducción de la correspondencia y encomiendas.....es un contrato especial, *sui generis*, del arrendamiento de transportes, definido en el Capítulo 10, Título 26 del Libro 4.º del Código Civil y el cual debe regirse:

"1.º Por sus propias estipulaciones.....;

"2.º Por el Código de Comercio marítimo en cuanto sea aplicable al comercio fluvial; y

"3.º En cuanto á las obligaciones y derechos civiles emanados de la naturaleza del contrato, por las disposiciones del Capítulo 10, Título 26, Libro 4.º del Código Civil."

No están, pues, de acuerdo ninguno de los personeros y abogados que han perseguido á la Compañía del Dique por la caja de encomiendas, en cuanto á la acción que entablaron ni á las leyes á que se acogieron.

He dicho que es una ventaja tener de contraparte á un jurisconsulto de la talla del que sustenta las pretensiones de los recurrentes, y es verdad, aunque él le niegue al contrato su carácter de *fletamento*, porque no dudo que podemos fácilmente entendernos.

Yo he dicho:

Que la Compañía está comprometida por el artículo 1.º del contrato de Noviembre de 1881 á *transportar* en buques de vapor dos correos mensuales &c.;

Que por el transporte recibe mil pesos de precio ó flete por cada viaje redondo que haga conduciendo el correo;

Que una y otra estipulación caben en la letra del artículo 2.070 del Código Civil que dice: "Arrendamiento de transporte es un contrato en que una parte se compromete, mediante cierto flete ó precio, á transportar ó hacer transportar una persona ó cosa de un paraje á otro;"

Que cuando la conducción se verifica por agua, el conductor se llama *naviero*, carácter que tiene la Compañía del Dique ;

Que esta Compañía, como su nombre lo indica, es una empresa de transportes por agua, y tal empresa es un acto de comercio ;

Que el transporte comercial se rige por las leyes mercantiles, no sólo porque así lo han estatuido los Códigos de la materia expedidos desde 1853 hasta el presente, sino porque el citado artículo 2078 del Código Civil dice que, las disposiciones de aquellos cuerpos de leyes, son de aplicación preferente ;

Que el comercio fluvial, que comprende el transporte, se rige por las leyes de comercio marítimo, conforme al artículo 2.º de la Ley 35 de 1875 ;

Que el transporte marítimo se denomina fletamento al tenor del artículo 160 del Código de la materia ;

Y que, asimilado al marítimo, el transporte fluvial debe llamarse y se llama también fletamento.

He expuesto muchas otras razones en mis tres anteriores alegatos, los cuales no dudo consultaréis ; y por cierto que entre ellas no he aducido la de la irrecusable autoridad de Don Joaquín Escriche quien, tratando del arrendamiento de cosas, dice que cuando versa sobre *naves* es *fletamento* (P. 235, ed. de París, 1858).

— No obstante, la parte contraria transcribe el artículo 160 citado que dice :

“El fletamento es un contrato de transporte, por el que el naviero, personalmente ó representado, arrienda á otro la nave equipada y armada, y se obliga á conducir en ella, á un lugar determinado, mercaderías ó personas mediante un precio convenido.”

Y luégo interroga : “¿ cómo, cuándo, dónde ha tomado el Gobierno en arrendamiento las naves de la Compañía del Dique para hacer viajar sus correos ? ”

Pasma, señores Magistrados, la entereza de esa pregunta ; pasma por los hechos á que se contrae y por venir de quien viene.

Si el Gobierno, ilustrado jurisconsulto, no ha tomado en arrendamiento las naves de la Compañía, decidme quién, cómo, cuándo y dónde transporta dos de los cinco correos que aquél mensualmente despacha del interior para el Atlántico ?

Decidme, si el Gobierno no ha tomado en arrendamiento las naves de la Compañía, en virtud de qué título carga en

ellas sus correos? Son ellas, acaso, propiedad del Gobierno y su administradora la Compañía?

Decidme, si el Gobierno no ha tomado en arrendamiento las naves de la Compañía, por qué decís que “el contrato es una especie *sui generis* del arrendamiento de transportes?” Hay por ventura contratos de transportes sin *arrendamiento* de la cosa ó vehículo que ha de servir para verificarlos?

Decidme, por último, si el Gobierno no ha tomado en arrendamiento las naves la Compañía, qué título tienen vuestros poderdantes para perseguirla?

No hay transporte sin arrendamiento: los artículos 1973 y 2070 del Código Civil lo estatuyen, el 264 del de Comercio de Panamá lo dice—y el 160 del Marítimo lo repite.

Por otra parte, en el arrendamiento de transporte comercial, ó en el porteamiento y el fletamento, es condición esencial para el cumplimiento del contrato que el cargador entregue al porteador ó fletante el objeto ó los objetos que hayan de ser transportados, mas no lo es que éstos se desprendan materialmente de su vehículo ó navío. Se comprende que haya de ser así:

1.º Porque la obligación contraída es la de conducir las personas ó cosas que son materia del contrato;

2.º Porque el carácter real del contrato deriva de que participa de la naturaleza del de depósito, esto es, cuanto á las cosas que se han de transportar.

El Código de Comercio adoptado, en ninguna parte dispone la entrega al cargador ó consignante del vehículo que haya de servir para hacer la conducción; mientras que en su artículo 279 dispone que el cargador entregue al porteador el objeto que haya de conducir.

Del Código de 1853 puede decirse lo mismo:

El Código Marítimo tampoco ordena la entrega de la nave al fletador; apenas estatuye en su artículo 178 que se la ponga á disposición de él; y toda la Sección III del Cap. II, Tit. V revela que el fletante no se priva de la tenencia de la nave.

Por qué, pues, preguntar cómo tomó el Gobierno en arrendamiento las naves de la Compañía? No basta saber que el hecho del arrendamiento lo constituye la obligación que tiene la Compañía de dejar cargar el correo en sus buques para transportarlo al punto del destino?

De negar que el Gobierno haya fletado los buques de mi representado, se desprende la conclusión de que el contrato *no es de fletamento total ni parcial*.

Pero en todo esto se incurre en error, en lamentable error.

El fletamento no es total, pues que “los buques viajan llevando por su cuenta y riesgo toda la carga que pueden,” además del correo.

La alegación de que tampoco es de fletamento parcial el contrato, la funda mi honorable contraparte en estas circunstancias:

1.º “En que el artículo 13 no confunde sino separa las encomiendas de la demás carga, cuando dice: los efectos que se embarquen.....bajo conocimiento, y que se incluyan en el sobordo, no se considerarán como encomiendas.”

2.º “En que el precio del transporte ó flete de las encomiendas no está tasado á bulto ó por peso ó cabida....., sino á razón de \$ 2,500 por cada viaje redondo en que se transporten los correos, *pero sin fletar el Gobierno toda la nave ó parte de ella.*”

Esos argumentos se desprenden de la letra del artículo 162 del Código Marítimo que dice:

“El fletamento parcial *es puro* cuando se trata por un precio alzado la conducción de cierta cantidad de mercaderías consideradas á bulto, por una parte determinada de la nave, por peso á tanto el quintal, ó por cabida á tanto la tonelada.”

Ninguna fuerza tienen aquellas objeciones, y es fácil probarlo.

La estipulación del artículo 13 del contrato contiene tres partes:

Es la primera, que la Compañía no dejará cargar en un buque-correo encomiendas ni correspondencia sin pagar el porte legal, el cual es claro que corresponderá al Gobierno.

Es la segunda, que se reputan encomiendas el dinero, los metales finos, las piedras preciosas, las joyas y los efectos en pequeños paquetes. Lo demás será lo que podrá cargarse libremente.

Es la tercera, que la Compañía pagará una multa de cien pesos si infringe la estipulación.

Semejante convención cabe perfectamente en un contrato de fletamento. El artículo 171 del Código Marítimo, después de enumerar las varias circunstancias que la póliza debe expresar, dice:

“Artículo 171.

“.....
“Todos los demás pactos en que convinieren las partes.”

Además, si las cosas que se denominan encomiendas no se embarcan por el dueño bajo conocimiento, en cambio debe extenderse la planilla correspondiente por el Mensajero que

esté á bordo ; planilla que suple al conocimiento y que surte los efectos de tal entre el Gobierno y la Compañía.

Nada significa contra la naturaleza del contrato que no se incluyan las encomiendas en el sobordo ; porque, aparte de que este libro no sirve para justificar la existencia y las condiciones del fletamento sino cuando es privado y no excede de doscientos pesos, casos en los cuales no está el que nos ocupa, la inclusión de la carga en dicho libro probará que se hizo el embarque y las demás circunstancias de que trata el artículo 94 del Código, pero la omisión no servirá para justificar que el embarque y consiguientemente el contrato no se efectuaron.

Esto : 1.º porque el contrato ha podido no reducirse á escrito, como lo reconoce el artículo 255 con estas palabras : “ *En defecto de póliza de fletamento, SE ENTIENDE que ESTE ha sido ajustado en los términos y con las condiciones que expresan los conocimientos.* ” Y yo podría agregar : “ *ó las planillas, si se trata de encomiendas.* ”

La carga en el Magdalena y en todos los puertos marítimos se hace, de ordinario, sin extender más documento que el conocimiento. No por esto dejará de haberse contratado un fletamento parcial.

2.º Porque el sobordo ó Libro de Cargamentos no se forma sino con los resultados que arrojan los conocimientos, puesto que tales documentos son los comprobantes de la carga y descarga ó entrada y salida de las mercaderías. Puede haberse otorgado póliza y sin embargo no cargar las mercaderías, de manera que no sólo nada constará en el sobordo sino que no habrá *conocimiento* ; pero puede faltar la *póliza*, no anotarse la entrada de la carga en el sobordo, y á pesar de ello se justificará la existencia del contrato y el embarque de las mercaderías con el conocimiento.

Y para no fastidiar : 3.º Porque la existencia del sobordo *no es condición esencial* del fletamento ó transporte marítimo ó fluvial.

Este contrato, como especie del de arrendamiento, no tiene otros requisitos esenciales que éstos : capacidad de los contratantes ; consentimiento ; servicio que se ha de prestar y merced, precio ó flete que se ha de pagar.

Y añadido : que el servicio se preste por mar ó río á cuya navegación sea aplicable la legislación marítima.

Ningún expositor, ningún jurisconsulto, ningún Juez ni Tribunal pueden, sin agravio de la ciencia, incluir entre los requisitos esenciales del fletamento, la anotación en el sobordo de la entrada de la carga.

Y extraño mucho que mi honorable contraparte tache la

opinión de la Compañía del Dique de que su contrato con el Gobierno es de fletamento, fundado en que la carga de las encomiendas no se hace constar en el sobordo ni se verifica por medio de conocimiento sino de planilla, cuando él mismo ha traído al debate la siguiente disposición del Código Civil :

“ Art. 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la *esencia* de un contrato aquellas cosas sin las cuales, ó no produce efecto alguno, ó degenera en otro contrato diferente ; son de la *naturaleza* de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial ; y son *accidentales* á un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

No siendo *esencial* del fletamento el requisito ó deber impuesto al Capitán de anotar en el sobordo la entrada y salida de la carga, el nombre del contrato no cambia ni éste dejará de producir efectos porque se estipule lo contrario.

No siendo *esencial* que la carga haya de consistir en determinada especie de mercaderías, el contrato de la Compañía no deja de ser de fletamento porque en él se conviniera en denominar encomiendas ciertos metales y valores.

Nada tengo que decir acerca de la multa de cien pesos que la Compañía pagará al Gobierno cuando infrinja el artículo 13. No creo que de ella se haga argumento contra la naturaleza del contrato : es una estipulación permitida por el artículo 1592 del Código Civil.

—Si la primera objeción es injurídica, la segunda no lo es menos.

Cierto es que en el fletamento parcial *el precio es alzado*, bien por mercaderías consideradas *á bulto*, bien por una parte determinada de la nave, bien por peso á tanto el quintal, por cabida ó á tanto la tonelada.

Pero no quedó fuera de esa disposición la manera como el Gobierno y la Compañía fijaron el precio ó flete del transporte. El uno convino en pagar y el otro en recibir mil pesos (no \$ 2,500) por viaje redondo : artículo 19 modificado, foja 75 vuelta del tercer cuaderno.

Y ese *precio es alzado* por el transporte de mercaderías consideradas *á bulto*, que han de ocupar determinada parte de la nave.

Es alzado, porque es fijo y está calculado sin consideración á la importancia del correo, cualquiera que ella sea. La Academia de la Lengua define así lo que es precio alzado : “El

precio ó ajuste acordado por lo que se compra, vende ó contrata de montón, por mayor, al poco más ó menos.”

Las mercaderías ó cosas que constituyen el correo han sido consideradas á bulto, puesto que no pudiendo determinarlas, se ajustó el transporte de las que sean, más ó menos, por un solo precio. *A bulto* significa: “por mayor, sin examinar bien las cosas, indistintamente.”

Mil pesos gana la Compañía por lo que suba ó baje, sea lo que fuere. Ese es, repito, *precio alzado* de transporte de cosas consideradas á bulto.

Por otra parte, el artículo 171 ya citado, dice esto:

“La escritura de fletamento debe expresar:

“6.º El flete y *lugar* donde deba hacerse el pago y si está ajustado por una cantidad alzada *por el viaje*,..... por las cabidades que se hubieren de ocupar &c.”

Pudieron los contratantes, sin faltar á la ley, estipular el flete por viaje, que, sin decir que era redondo, así se habría entendido, porque cuando los interesados no distinguen es de derecho que comprende *la ida, estada y vuelta*.

Y no se olvidaron de designar el lugar del pago, pues que dijeron que “se verificará en la Tesorería general de la Unión, y será ordenado por la Secretaría de Estado respectiva.”

Y cuenta que la manera de estipular el precio no es requisito esencial del contrato, y que las varias maneras de hacerlo estatuidas por el artículo 162 del Código son cosas naturales que en nada influyen en el nombre de la convención, como se ha visto, mientras que pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, como lo permiten las leyes.

Es, pues, clara la naturaleza de fletamento que tiene el contrato analizado y la consiguiente futilidad de las objeciones opuestas. A la vez está también fuera de duda que es insostenible la opinión de que el contrato sea “una especie, *sui generis*, del arrendamiento de transportes, que se rige por el Código Marítimo;” porque el transporte que esta ley rige es y se llama siempre *fletamento*.

Ya se puede contestar á las preguntas que hace el representante de los recurrentes cuando niega al contrato su verdadera naturaleza:

“¿Cuándo tomó el Gobierno en arrendamiento las naves de la Compañía para hacer viajar sus correos?”

En 25 de Noviembre de 1881, ó en 2 de Abril de 1883, fecha ésta en que le fue traspasado á la Compañía el contrato celebrado con D. Juan B. Mainero y Truco.

“ Dónde las tomó ?

En Cartagena.

“ Cómo ?”

Parcialmente, porque el contrato determina que el correo será colocado “ en un compartimiento del buque, destinado exclusivamente á este objeto.”

3.ª

EXCEPCIÓN PERENTORIA DE *no deber*.

Con este nombre ha sido designada por los recurrentes la rotunda negativa de la Compañía á la acción intentada contra ella. No es del caso discurrir sobre la propiedad jurídica de la frase, bien que *á priori* es inaceptable.

La Compañía no se considera responsable á la devolución de las barras de oro demandadas ó al pago de su importe, porque la caja que se dice las contenía, no viajó á cargo del Capitán ni por consiguiente de la Compañía, y porque además no se ha probado que la caja perdida fuera la que salió de Medellín conteniendo los intereses en litigio.

Conforme al contrato (artículo 4.º), el Mensajero debió confeccionar y firmar dos planillas en que constaran los números, las marcas, el peso bruto, contenido y valor de las cajas de encomiendas que conducía, y presentárselas al Capitán al llegar á bordo del *Cartagena*: el Mensajero no llenó estas formalidades.

Debió, con vista de las planillas, hacer entrega de las cajas al Capitán, en presencia del Contador, ó, á falta de éste, de cualquiera de los otros empleados del buque, para que si resultaban ó nó conformes las anotaciones de las planillas con los números, marcas &ª de las cajas, lo expresarían así, bajo su firma, el Capitán y el empleado que presenciara el acto: al Capitán no se le hizo entrega alguna; no recibió las encomiendas ni autorizó documento que probara lo contrario.

De las planillas, una debió quedar en poder del Mensajero y otra en el del Capitán: esto, por lo que queda relatado, se comprende que no pudo cumplirse.

Después de hecha la entrega por el Mensajero en debida forma, debía cruzarse cada caja con una cuerda fuerte, ponerle á cada extremo de ella dos sellos, uno el Capitán y otro el Mensajero, y colocar las cajas en un compartimiento especial, que, aunque á cargo del Capitán ú otro empleado, debía ser *activamente vigilado* por el Mensajero. Estas formalidades

tampoco pudieron cumplirse, porque no se hizo la entrega requerida.

Como la responsabilidad de la Compañía la determinan las planillas confeccionadas por el Mensajero, al tenor del artículo 5.º del contrato, que dice: "El contratista responde de las faltas que resulten en las cajas en que al hacer la entrega no haya conformidad en sus marcas, número, peso y sello con los anotados en las planillas de que trata el párrafo (a) del artículo anterior, y del valor total de la ó de las que dejare de entregar;" es lógico que faltando dichas planillas, falta la raíz de la responsabilidad demandada.

Esas planillas suplen al conocimiento requerido por los artículos 238 y 253 del Código Marítimo, dado que como él implican el reconocimiento del embarque de las cajas y las demás condiciones que el contrato expresa.

Siendo así, la existencia de semejantes documentos, redactados y firmados en la forma indicada, es condición *sine qua non* para hacer responsable á la Compañía de lo que deje de restituir. Si ellas faltan, no es dudoso que debe surtir sus efectos el artículo 258 del Código Marítimo que dice:

"Las demandas entre el Capitán y el cargador que se refieran á la carga, serán necesariamente apoyadas en el conocimiento; y sin la exhibición de éste no se les dará curso."

Tratándose de correos, el Mensajero ó quien lo represente es el cargador.

Aquella disposición hiere directamente este litigio. La Compañía así lo ha sostenido, y los recurrentes por medio de su representante lo han confesado diciendo que el contrato celebrado para lo conducción de los correos *debe regirse por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio marítimo de 1870, en cuanto sean aplicables al transporte fluvial.*

Que ese artículo 258 tiene cabida en el transporte fluvial, lo demuestra el hecho innegable de que se hace constar por medio de conocimientos el embarque que se verifica en los vapores del Magdalena.

Si las planillas, como estatuye el artículo 5.º del contrato, tienen fuerza decisiva entre los interesados, como respecto del conocimiento lo prescribe el Código Marítimo diciendo: "que hace fe entre las partes interesadas en la carga, y entre éstas y los aseguradores;" si esos documentos son necesario apoyo de toda acción relativa á la carga, de manera que la falta de ellos impide que se le dé curso, *ningún acto, ningún documento distinto puede suplirlos*: 1.º porque el contrato y la ley comercial no consienten excepción; y 2.º por la especialidad de éstos que los hace de preferente observancia.

“ El contenido de las cajas no está sujeto á verificación por parte del Capitán, sino únicamente el número, marca y peso bruto de cada una de las cajas detallas en la planilla,” dicen los recurrentes, y es cierto. Pero el Capitán no puede hacer esa verificación si el Mensajero no le exhibe las planillas que debe confeccionar antes ó poco después de pisar el vapor, y si no le hace entrega de las cajas de encomiendas.

Llenadas esas formalidades, llega el momento de extender el recibo, de cruzar el Capitán y el Mensajero las cajas con cuerdas y de sellar los extremos de éstas. Pero á la más ligera lectura del contrato, se advierte que el Capitán no tiene deberes que cumplir mientras el Mensajero no comience por llenar los suyos.

Afirmar, pues, que “ el Capitán no cumplió con la formalidad de cruzar y sellar las cajas, ni de encerrarlas en un compartimiento separado del buque,” carece de fundamento.

Y esto, porque “ en los contratos bilaterales (como el de la Compañía) ninguno de los contrayentes está en mora de cumplir sus obligaciones, mientras el otro no cumple las suyas,” y porque “ toda estipulación cuyo cumplimiento depende de una condición, está subordinada á la verificación de esa condición.”

En favor de quién se establecieron las formalidades estatuidas para la entrega del correo de encomiendas?

Los recurrentes, contrayéndose al cruzamiento y sello de las cajas y á su colocación en un compartimiento separado del buque, formalidades que el Capitán no pudo cumplir porque el Mensajero no llenó las previas que le concernían, opinan que esas formalidades fueron estipuladas en favor de la Compañía.

Tal opinión, así contraída, no es en absoluto verdadera, y generalizada á todas las prescripciones del artículo 4.º del contrato, es injurídica.

Véase por qué :

1.º Porque si es exacto que el Capitán cumple su obligación de restituir lo que recibe, devolviéndolo en el mismo estado en que lo recibió, no lo es menos que al Mensajero le interesa justificar, caso de falta en el contenido de las cajas, que él las entregó también en el mismo estado en que las sacó de la oficina del despacho.

2.º Porque viajando las encomiendas *bajo la responsabilidad* del Mensajero, como lo dicen los tres pasaportes que obran en los autos (F. 8 á 10 del séptimo cuaderno), y quedan-

do bajo su *más activa vigilancia* en el buque, como lo dice el aludido artículo 4.º, á él incumbe cuidarlas y conservarlas en buen estado (artículos 1604 y 1605 del Código Civil).

3.º Porque el Mensajero no se descarga de la responsabilidad que contrae al hacerse cargo de las encomiendas, sino entregándolas con *todas las formalidades* al efecto estatuidas.

Esto es de ley. El artículo 5.º de la 13 de 1874 dispone:

“Todas las encomiendas deberán ser entregadas por las oficinas postales á satisfacción del contratista ó conductor, presenciando el acto el Jefe de la oficina ó empleado de su dependencia comisionado al efecto.”

Y el artículo 6.º prescribe lo siguiente:

“*Con igual formalidad entregará las encomiendas el conductor en el lugar de su destino ó en las oficinas de recuento comprendidas en la línea que recorra, siendo imputable al descuido del contratista ó conductor la falta de tal requisito, para los efectos ulteriores.*”

Entre las aludidas formalidades están comprendidas las prescritas por el contrato, que es la primera ley que debe observarse al consignar las encomiendas en el vapor.

Si Ramón Mejía O. hizo buena consignación de las cajas que constituían el correo, por qué no requirió á quien las recibió para que las cruzase con una cuerda fuerte? *No estaba obligado él á sellar uno de los extremos de esa cuerda?*

Si las cajas fueron bien consignadas, por qué no exigió Mejía O. su colocación en el compartimiento respectivo? *No estaba obligado él á cuidarlas ejerciendo la más activa vigilancia sobre ese compartimiento?*

El cuidado que Mejía debió tener, no está probado, y, ya que no se puede presumir, á los demandantes incumbía rendir la prueba. Artículo 1604 del Código Civil.

El Capitán del *Cartagena* no recibió las encomiendas ni dió recibo de ellas “al pie de la planilla de que trata el inciso (a),” como los recurrentes afirman, ni en ningún otro documento.

Más, en el pasaporte expedido en Medellín á Felix Mejía V., indebidamente traspasado á Ramón, *no estaba anotado el peso, ni la marca, ni la especie del contenido de las cajas.* Tampoco correspondía el número que á varias distinguía con el que el pasaporte les asignaba.

Habiendo pasado así las cosas, el Capitán no tomó sobre

sí, no hizo tomar á la Compañía responsabilidad alguna, ni la del contrato ni la de la ley. Lo contrario es insostenible.

Pero para combatir esos hechos, cuya evidencia no se puede desconocer, los recurrentes, no obstante la contradicción en que incurren, convienen en que si el Capitán no recibió las encomiendas, el Contador dió recibo á continuación del pasaporte del Mensajero. Para demostrar que ese acto ilegal obliga á la Compañía, aducen lo siguiente :

1.º “La Compañía, por medio de sus Capitanes tenía autorizado el procedimiento de que los Contadores firmaran los recibos de las encomiendas.”

Esta alegación está basada en el recibo que el Contador del vapor *Rafael Núñez* dió en Puerto Berrío el 24 de Enero de 1886.

Y, como consecuencia, le ajustan los mencionados actores á la Compañía la siguiente disposición del artículo 1505 del Código Civil :

“Lo que una persona ejecuta á nombre de otra, estando facultada por ella ó por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.”

Contesto. El hecho de que se hace derivar la autorización de la Compañía, sería una consecuencia de ella; pero nunca constituiría el requisito que el Código requiere.

Los recurrentes debieron comenzar por dar la prueba de que la Compañía dió esa autorización, y de ningún modo la han traído al juicio. Más, no han justificado siquiera que la Compañía conocía el procedimiento, que sabía que los Contadores eran quienes recibían y daban recibo de las encomiendas; justificación imposible, porque, para que aquella asociación tuviera noticia fehaciente del hecho, habría sido indispensable que los Mensajeros exhibiesen y entregasen á los Capitanes la planilla que rigurosamente previene el artículo 4.º del contrato.

Pero hay más: los Contadores al recibir y firmar lo harían como delegados de los Capitanes, caso al cual es inaplicable el precepto del artículo 1505 transcrito, y también debieron los recurrentes probar esa delegación. En lugar de ella, en autos consta, por declaración del propio Contador del *Cartagena* (folio 62 del 3.º cuaderno), que el Capitán no lo delegó para recibir ni presencié el acto realizado en tierra y nó á bordo del buque.

Véase la cuestión por otra faz.

El recibo estampado al pie del pasaporte de Enero de 1886, está concebido así :

“Recibí las encomiendas expresadas en la presente plañilla.”

Y el extendido por el Contador del *Cartagena* es como sigue:

“Recibí 22 cajas cerradas y selladas.”

Se palpa que esos recibos no dicen lo mismo, y más si se considera que los pasaportes no estaban igualmente confeccionados.

En el de Enero como en el de Abril, que también corre agregado á los autos, expedidos ambos á favor del Mensajero Cesar García, consta esto: *el número de cajas y el que las distinguía, su contenido en barras de oro y en barras de plata, ó simplemente en plata sellada, su peso en arrobas y libras y el equivalente en gramos.*

Pero en el pasaporte de Mayo sólo se lee esto: *el total de cajas y su número, y el contenido en abstracto.*

Qué significa el recibo de Enero? Qué fueron embarcadas las mismas cajas que el pasaporte expresaba

Qué significa el recibo de Mayo? Que se embarcaron veintidós cajas indeterminadas, *que no fueron previamente reconocidas*, pues las palabras que lo constituyen no indican otra cosa, conforme al artículo 244 del Código Marítimo.

“El Capitán que reciba carga *sin examinarla previamente* (dice aquel artículo), podrá indicar en los conocimientos, *con cualquiera de las frases usadas en el comercio marítimo*, que la especie, peso, número ó medida de las mercaderías, *le son desconocidos*, salvo &c.”

Siendo tan notable la diferencia que media entre un recibo y otro, ningún valor tienen ambos, sin embargo.

Es bueno patentizarlo.

No pudiendo inferirse de la existencia de los recibos que los Capitanes *estuviesen facultados* por la Compañía para delegar y *que efectivamente ellos delegasen* á los Contadores en uno ó en todos los casos la función de recibir las encomiendas y de firmar los recibos, la verificación así de esos actos no puede alegarse sino como costumbre, como hechos consentidos por los interesados pero no autorizados por la ley. Y no es dudoso que, aun reuniendo ellos todos los requisitos requeridos para elevarse á la categoría de costumbre, lo cual no es exacto, no tendrían influencia en la decisión de este litigio.

Porque, para que la costumbre *constituya derecho*, dice el artículo 13 de la Ley 153, es necesario que *falte legislación positiva.*

Y antes habían dicho los artículos 83 del Código Civil y

2.º del de Comercio adoptado, que “la costumbre nunca podrá oponerse á la ley.”

Y hay preceptos legales en contrario.

Primeramente, existe el contrato que, en su tantas veces citado artículo 4.º, dice que “las encomiendas se recibirán por el Capitán.....; y si resultaren conformes con las planillas, se hará constar así en éstas, *bajo las firmas del Capitán* y del otro empleado del buque &c.”

Esa estipulación, que en fuerza del artículo 1602 del Código Civil es una ley para las partes, no puede ser invalidada por una sola de ellas; y no puede revocarse á duda que á los Mensajeros, y menos á quien no lo sea, no sería permitido, sin orden del Gobierno, aceptar la invalidación.

En segundo lugar, el Código Marítimo, en el inciso 5.º de su artículo 94, impone al Capitán la obligación de mantenerse á bordo mientras la nave recibe la carga, y á vigilar el buen arrumaje de ella; en el inciso 8.º posterior le prohíbe admitir carga en mal estado, sin resguardar su responsabilidad; y cónsonas con esas prescripciones son las de los incisos 3.º y 6.º del artículo 99, la del 8.º del artículo 100, y muy especialmente la del 244 que empieza así: “El Capitán que reciba carga sin reconocerla previamente &c.”

El artículo 238 dice que “en el conocimiento reconoce el Capitán el hecho del embarque.....”

Los artículos 239 y 260 estatuyen que “el conocimiento debe contener la firma del Capitán, quien firmará tantos ejemplares cuantos exija el cargador.”

Y por último, el Código únicamente faculta al Capitán para que deje de firmar los conocimientos (artículo 242) cuando él ó sus parientes dentro de grado prohibido para la testificación, sean cargadores. Y entonces, el Piloto y el Contra-maestre firmarán el documento, no el Contador ó Sobrecargo.

De ningún modo, pues, se puede asignar valor al recibo del Contador del *Cartagena*.

Y menos si consideramos que el Código le prohíbe al Capitán (inciso 12, artículo 100) poner en su lugar otro Capitán sin consentimiento del naviero ó de quien lo represente; lo que envuelve la prohibición de delegar ninguna de sus funciones como jefe de la nave, unas de las cuales son recibir la carga y autorizar los conocimientos.

De ahí surge esta cuestión, ya dilucidada ante el Tribunal de Bolívar: que únicamente al *naviero* y á los cargadores corresponde hacer delegaciones á un tercero, al Sobrecargo, pero no más que de la administración económica de la nave ó de parte de ella, y del cuidado de conservar la carga (artículo

120). Delegación que tampoco ha de hacerse *verbal ni tácitamente*, sino por medio de un poder debidamente registrado y notificado al Capitán.

Pero en la delegación no se comprenden ni comprenderse pueden las atribuciones y responsabilidades que el Capitán tiene en razón de su empleo y autoridad.

Para convencerse de la fuerza de esa observación, basta saber que al Contador ó Sobrecargo no le impone la ley el deber de llevar por sí solo el Libro de Cargamentos sino el de Cuenta y Razón, cuyos particulares (artículo 93) constituyen lo que se entiende por *administración económica*.

Cuál es, pues, la síntesis de la anterior análisis? Esta: que no pudiendo la Compañía como naviera relevar al Capitán de las aludidas atribuciones y responsabilidades, ni pudiendo el propio Capitán darse un sustituto por su sola cuenta, en ningún caso tendrá aplicación en el transporte marítimo, respecto del recibo de la carga y firma de los conocimientos, la disposición del artículo 1505 del Código Civil.

2.º “El Capitán ratificó expresamente el recibo del Contador, pues que en el Diario de Navegación del vapor *Cartagena*, consta bajo la firma de ambos la toma del correo.”

El Diario, en el cual han de hacerse constar los accidentes del viaje, no está destinado á preconstituír prueba de las obligaciones del naviero. Vosotros, señores Magistrados, sabéis que no es ese el objeto de aquel libro; así como que el documento justificativo del embarque es el conocimiento, según el Código de 1870 (artículos 238 y 258), ó las planillas, conforme al contrato (artículo 5.º).

Hay más. Los actos susceptibles de ratificación en la época en que se perdió la caja de encomiendas, eran como lo preceptúa el artículo 1752 del Código Civil, los que adolecían de nulidad relativa al tenor del artículo 1743. El recibo del Contador estaba y está herido de nulidad absoluta, porque no reúne los requisitos que, en consideración á su naturaleza, requiere la ley, y porque tiene un objeto reprobado como es el de sustituir al documento único que *de derecho* sirve á la justificación de toda acción sobre fletamento.

Pero admitiendo como relativa la nulidad del recibo, las cinco palabras del Diario: “tomamos el correo de Antioquia,” no podrían constituir nunca la ratificación expresa que requiere el Código Civil.

Este dice en su artículo 1753:

“Para que la ratificación expresa *sea válida*, deberá hacerse con las solemnidades á que por la ley está sujeto el acto ó contrato.

Y reúnen aquellas cinco palabras todas las solemnidades que prescribe el artículo 4.º del contrato de la Compañía?

Conteste quienquiera que lea ese artículo.

3.º “La conducta y todos los actos del Capitán con relación á este negocio, lo colocan en el caso del párrafo final del artículo 1506 del Código Civil, que dice :

“Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.”

Observo, señores Magistrados, que ese párrafo es improcedente en el litigio, porque el artículo 1506 dice en su primera parte así :

“Cualquiera puede estipular Á FAVOR DE UNA TERCERA PERSONA, aunque no tenga derecho para representarla ; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado ; y mientras no intervenga su aceptación expresa ó tácita es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren á él.”

Y no habiendo estipulado el Contador nada á favor del Capitán cuando firmó el recibo, sino *en contra de él*, caso para el cual exige ratificación el artículo 1507, lógico es que el 1506 y su párrafo fueron escritos para circunstancias contrarias de la presente.

Consideraré, sin embargo, los actos que á juicio de los recurrentes constituyen la aceptación tácita.

“Por qué, se dice, hace constar el Capitán en el Diario de Navegación el recibo de ese correo, si él no lo ha recibido?”

Semejante pregunta está ya contestada. Deber del Capitán era hacer constar en aquel libro el motivo de la desviación del buque en su ruta al puerto del destino ; y, tratándose de Puerto-Berrío, no era otro que tomar carga y admitir á bordo al Mensajero con lo que condujera, pues así se lo exigía el contrato de la Compañía con el Gobierno. Lo que había de seguir al embarque, esto es, poner la carga bajo la responsabilidad del Capitán, era asunto de la exclusiva incumbencia del Mensajero.

“Por qué cuenta diariamente unas cajas que no hacen parte de la carga ?”

El mismo Capitán lo dijo : *por curiosidad*.

Y luégo, ¿es extraño contar unas cajas informalmente embarcadas, que debían contener cuantiosos valores y que estaban á la vista de todo el mundo ? Implica ello que el Capitán se considerase responsable de la restitución de las cajas ? Ni cuando ha sido cierto que los Capitanes estén obligados á contar y recontar día por día lo que conducen ? La curiosidad del Capitán prueba cuando mucho su celo por lo que iba á

bordo, celo que no fue bastante á impedir la pérdida de una caja.

Ahora interrogo yo: por qué Ramón Mejía, aparente Mensajero, obligado á *ejercer una activa vigilancia* sobre las encomiendas, no las contaba diariamente? Si alguno tenía este deber, era él, dado que su interés no debía consistir en que alguna se extraviara, aun creyendo que la Compañía habría de pagarla, sino en que llegaran completas al punto del destino.

“Por qué anota en el Diario la pérdida de la caja y que inmediatamente había dado parte á la autoridad?”

Claro, señores, porque ambas cosas eran deberes suyos, y en ello estaba interesado el honor propio del Capitán y del equipaje del buque y el colectivo de la Compañía.

Abierto el Código Judicial que regía en Bolívar, el que rige en la Nación, el que rija en cualquier parte, á nadie se le pregunta qué motivos tiene para denunciar la comisión de un delito.

Por lo demás, que el Capitán supiera que el Mensajero y el correo estaban á bordo, que el Contador le diera ó nó cuenta de esa circunstancia, no hace adelantar un paso siquiera en la constitución de la obligación demandada. Eso no prueba nada; y con palabras no se quita su eficacia á las exigencias que el contrato determina como previas á la responsabilidad de la Compañía, ni su vigor á la ley comercial que subordina en absoluto á la existencia del conocimiento de carga las recíprocas responsabilidades de naviero y cargador.

Las formalidades que los recurrentes quieren suprimir para echar encima de la Compañía la obligación de pagarles lo que no está probado que ella recibiera, son nada menos que la salvaguardia del derecho de los unos y de la otra. Si esas formalidades se hubieran religiosamente llenado, la Compañía estaría obligada á indemnizar un perjuicio que humanamente es posible no derive del extravío de la caja á bordo del *Cartagena*.

Si la Compañía no quedó obligada por el embarque de las encomiendas, justo es que tampoco lo esté á restituir las pérdidas. *Curiosa jurisprudencia sería aquella* que obligara á cumplir obligaciones no contraídas, sólo porque alguien lo pida á los Jueces, bien que estando realmente perjudicado pero mal encaminado en su acción.

4.º “La Compañía confiesa rotundamente en la contestación de la demanda, que la caja número 15 con su contenido, conforme á la planilla, fue embarcada á bordo del *Cartagena*.”

La confesión rotunda proviene, en concepto del honorable abogado de los recurrentes, de que habiendo afirmado en su

demanda Vengoechea y el Banco lo mismo que Restrepo é Hijos y Fergusson, Noguera y Compañía, aunque no con las mismas palabras, que :

“ El 27 de Mayo de 1886, fueron entregadas al Capitán del vapor *Cartagena* 22 cajas *cerradas y selladas*, por las cuales dió recibo el Contador, señor G. Vélez, á nombre del Capitán ;”

La Compañía replicó :

“ Niego esta relación si con ella se quiere significar que la entrega de las cajas fue hecha al Capitán, y en cuanto de ella se puede deducir ó inferir que el Capitán recibió ú ordenó recibir dichas cajas.”

Lo único rotundo que hay en esto es la consecuencia deducida.

La Compañía no afirmó que entre esas 22 cajas hubiera una marcada con el número 15 y cuyo contenido fuera éste ó aquél. Los demandantes tampoco lo afirmaron en su relación. Más, entre las aludidas cajas podía no haber una que llevara el expresado número ni que contuviera las barras demandadas.

Extraño, muy extraño es que habiendo dicho la parte contraria que el contenido de las cajas de encomiendas no está sujeto á verificación á bordo de los buques-correos, infiera de la contestación que la Compañía dió al punto transcrito de la demanda, que ella convino así en el embarque de una caja nombrada número 15 como también en que ésta contenía determinadas cosas. Si los Capitanes, si á quienesquiera que reciban un correo no se les deja ver el contenido de los bultos, ¿ cómo pretender en buena lógica que á ellos les sea dado afirmar, sin imprudencia, lo que contienen ?

Pero si la lectura de la respuesta de la Compañía al hecho afirmado por los demandantes, hace ver cuán infundada es la inferencia de su ilustrado abogado, la lectura de toda la contestación de la demanda demuestra que esa inferencia es temeraria. Veámoslo.

Entre los hechos relacionados antes del 5.º, incluyeron los demandantes uno que está expuesto así :

“ Que delante de los mismos Mensajero, Contratista y testigos fueron empaquetadas doce barras de oro, con peso de 55,780 gramos, contenidas en la caja número 15, á la cual se le puso &.”

Y á ese punto como á los tres restantes contesté así, á nombre de la Compañía :

“ Esos cuatro hechos fueron suscitados, desarrollados y cumplidos sin intervención del Director-Gerente de la Com-

pañía de Navegación del Dique y Río Magdalena y sin la de sus agentes; y como, por lo mismo, tales hechos son extraños de las personas de dicho Director-Gerente y sus agentes, y ellos no se rozan en nada, por otra parte, con la expedición y navegación de los buques pertenecientes á aquella Compañía, yo me abstengo de negarlos y también de prestarles voluntario asentimiento, porque la falta absoluta de antecedentes y de datos propios hace imposible la contestación.”

La Compañía no convino, pues, en que entre las 22 cajas estuviera la número 15 con su contenido. El cacareado recibo del Contador tampoco lo dice.

Esa respuesta así concebida, referente á hechos cuya verificación se hacía constar por medio de documentos públicos, está amparada por este precepto del Código Civil:

“ Art. 1759. El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; *pero no en cuanto á la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados.* En esta parte no hace plena fe sino **CONTRA LOS DECLARANTES.**”

Qué fe podría prestarles la Compañía á documentos que ella no confeccionó, y menos no habiéndosele transferido las obligaciones que de ellos emanaban?

La Compañía tampoco podría aceptar la verdad del embarque de una caja número 15, de contenido determinado, porque aparte de que esa caja pudo salir de Medellín y no llegar al vapor siendo idéntica, el Capitán no la recibió, no verificó sus marcas ni su peso.

Aunque no concurrieran todas las circunstancias apuntadas contra la aseveración de que la Compañía confesó el embarque de la caja número 15 con su contenido, el Código Judicial estatuye (artículo 559) que, “ para que la confesión sobre cosa determinada obligue eficazmente al que la hace, es preciso también que sea determinada; ” y no puede sostenerse que la frase “ 22 cajas cerradas y selladas ” determinara las cajas de modo que se las pudiera distinguir de otras, ni que las determine en manera alguna la respuesta de la Compañía.

5.º “ La palabra Capitán puede descender, en el gobierno de una nave, hasta al cocinero; por eso, aunque todos los Código de Comercio mandan que los conocimientos sean firmados por el Capitán, en la práctica firman los Contadores.”

El hecho mismo de que “ no hay un servicio en que la disciplina, el orden y la separación de ocupaciones, estén mejor establecidos que en el gobierno de una nave, ” demuestra que cada empleado de ella no llena otras funciones que las que le son peculiares, y que, si es cierto que todos están subor-

dinados al Capitán, no lo es que se arroguen las atribuciones de éste.

Evidente es, hasta donde alcanza mi estudio de las legislaciones mercantiles extranjeras, que á los Capitanes toca firmar los conocimientos; pero no todas disponen lo mismo que la colombiana en cuanto á la fuerza jurídica de ese documento.

Nuestro Código Marítimo y el Chileno dicen igualmente que “los conocimientos *redactados* y *firmados* en la forma indicada hacen fe entre las partes interesadas en la carga &c.” (artículos 253 y 1061, respectivamente).

Pero el Código Francés no exige tanto, pues en su artículo 283 dice que, “el conocimiento *redactado* en la forma prescrita arriba (artículo 281), hace fé entre las partes interesadas en la carga &c. ;” de manera que no requiere como condición precisa que esté firmado como él mismo lo dispone.

Exactamente iguales al artículo del Código Francés son los artículos 1199 del Argentino y 1210 del Uruguayo.

También observo que la legislación comercial francesa no hace depender del conocimiento, como única prueba admisible, las acciones relativas á la carga.

Es posible que la legislación inglesa disponga lo mismo que la Francesa, y entonces nada significaría que los Contadores ó Sobrecargos firmaran por los Capitanes.

Para que las prácticas mercantiles extranjeras en materia de conocimientos, pudieran servir siquiera de argumento en esta litis, los demandantes debieron haber traído á los autos:

1.º La ley á que la costumbre se refiere;

2.º La comprobación de que los armadores ó los Capitanes de naves mercantes no delegan por poder en debida forma á los Contadores ó Sobrecargos para firmar los conocimientos.

Sin esas comprobaciones, todos los conocimientos del mundo marítimo son insuficientes para justificar la pérdida de tiempo que acarrea la refutación de la alegada costumbre.

Y contrayéndome nuevamente á la práctica introducida en el Río Magdalena de que los Contadores firmen por los Capitanes, añadiré á lo que ya he dicho, que, como muy bien lo dice el Tribunal de Bolívar, esa práctica se refiere al hecho de firmar pero no al de recibir, y que unánimemente declararon los señores Roberto A. Joy, Manuel C. Conde, David López Penha, Otto G. Müller y cuantos agentes de vapores fueron citados por los demandantes, que la entrega y recibo de los correos se hace á bordo como lo previenen y han prevenido los contratos. A este respecto no hay, pues, costumbre.

Examinados y confutados todos los argumentos de la parte contraria, es incontestable que en autos no existe la

prueba que la ley mercantil y el contrato de correos requieren de la obligación demandada.

Sería necesario, señores Magistrados, cerrar los ojos á la letra y al espíritu del contrato, á la letra y al espíritu del Código Marítimo para declarar responsable á la Compañía del Dique de la restitución ó del valor de las cosas reclamadas.

4.º

EXCEPCIÓN PERENTORIA *de pago.*

Comprobado plenamente que los recurrentes están satisfechos de la suma demandada, mediante el pago que les hicieron los aseguradores por conducto de sus agentes en Manchester, los señores A. & S. Henry & C.º, el derecho de aquéllos á las barras perdidas ó á su valor se extinguió *ipso jure*, y ninguna acción tienen contra la Compañía, si ella fuera la responsable, ó contra quien en definitiva lo sea.

La comprobación mencionada, verificada cuando el pleito estaba en su segunda instancia, pudo y debió surtir sus efectos; pero el Tribunal de Bolívar no la consideró al fallar, probablemente porque, habiendo de declararla probada, el resultado del juicio no cambiaría sentenciando en el fondo que no estaba comprobada la acción intentada.

Ya que el representante de los recurrentes se ha ocupado en negar el valor jurídico del pago hecho por los aseguradores y su influencia en este pleito, á mi vez me ocuparé en refutar las opiniones de aquél, insostenibles, en mi concepto, conforme á un recto criterio jurídico.

Comienza el ilustrado jurisconsulto por opinar que el expresado pago no constituye *excepción perentoria*, en virtud de que no extingue la obligación sino que la traspasa á otro acreedor.

Yo comienzo por establecer que el artículo 479 del Código Judicial estatuye lo que sigue:

“Las excepciones perentorias más comunes son las siguientes: 1.º La de pago ya verificado de la deuda que se cobra &c.”

Dice también el artículo 466 del mismo Código que “la personería no necesita acreditarse cuando se demanda en causa propia;” pero que la falta del título ó derecho que se ejerce, puede oponerse como excepción perentoria.

Ambos hechos se han surtido respecto de los recurrentes: están cubiertos de lo que reclaman (páginas 32 á 44 y 66 á 89, 6.º cuaderno) y á la fecha de la contestación de la demanda, el

12 de Diciembre de 1887, no tenían personería propia contra la Compañía del Dique ni contra nadie por las barras de oro ó su valor.

Teniendo en consideración que la parte demandada no ha jamás convenido en la acción intentada, á ella no se le ha ocurrido sostener que el pago hecho por los aseguradores sea eficaz para extinguir por completo la obligación de quienquiera que la contrajera, sino el derecho de los señores Restrepo é Hijos y Fergusson, Noguera & C.^a A la exactitud de esta doctrina, asiente mi honorable contrincante con estas palabras: "La subrogación no extingue la obligación sino que simplemente la traspaşa, transporta ó transfiere á favor de otro acreedor." *Luego el primitivo ha dejado de serlo y su título ha caducado.*

Puede alguno demandar en juicio derechos ajenos sin poder en forma?

Nó, contesta el artículo 345 del Código Judicial.

El Código establece excepciones que no concurren en los recurrentes.

Sostienen los recurrentes que los aseguradores no solamente les encomendaron que gestionaran contra la Compañía del Dique, sino que han coadyuvado la acción desde la segunda instancia.

Para ellos, los aseguradores son los comisionistas de seguro A. & S. Henry & C.^a de Mánchester; pero esta alegación no podría hacerse con éxito á un cursante de primer año de gramática.

Transcribo, aunque en segunda instancia lo hice, de una declaración rendida y de un poder (fojas 48 y 49, cuaderno 8.º) conferido por James Dawson, socio administrador de Henry & C.^a, lo siguiente: "Los excitamos é instruimos para que en virtud del derecho que les asistía y de la obligación en que estaban de premunir sus derechos, *los nuestros* Y LOS DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS, instaurasen y prosiguiesen demanda judicial contra la citada Compañía del Dique."

Dawson mismo no se ha titulado jamás asegurador de las barras de oro. En el poder que confiere para interponer el recurso de casación (fojas 87 y 88 del 9.º cuaderno) se refiere "al caso de que le cause agravio á mi (su) *casa de comercio* la sentencia que se pronuncie en el Tribunal del Distrito Judicial de Bolívar."

Pero si así se expresaban cuando los principales demandantes comenzaron á gestionar para que ellos, Henry & C.^o, se apersonasen en el juicio, véase como lo hacían antes del 23

de Diciembre de 1886 (F. 30 del primer cuaderno), fecha de la demanda.

El 30 de Junio de aquel año, contestando á Fergusson, Noguera & C.^a la carta en que les noticiaban la pérdida de las diez barras, decían esto Henry & C.^a :

“ *Robo de diez barras de oro.* Si verdaderamente éstas han sido robadas, será menester *mandarnos documentos formales para que podamos presentarlos á LOS ASEGURADORES.... Lo hemos notificado á LOS ASEGURADORES ; pero nada podemos hacer sin documentos (Foja 34 del 6.º cuaderno).*”

En carta del 28 de Julio les decían Henry & C.^a á Fergusson, Noguera y C.^a :

“ *Se nos dice que para establecer una reclamación CONTRA LOS ASEGURADORES, será preciso el conocimiento, todos los particulares de la factura y un certificado de non entrega... Nuestros corredores de seguros escribiéndonos..... dicen : “Con referencia á la pérdida de oro ex-Cartagena, hemos puesto el asunto DELANTE DE LOS ASEGURADORES y éstos nos ruegan les obtengamos algunas aclaraciones (Foja citada antes).*”

El 3 de Diciembre del mismo año de 1886, dirigiéndose Henry & C.^o á los mismos señores, hablaban así :

“ Nos permitimos decirles que *hemos cobrado de LOS ASEGURADORES £ 2,484-19-8* valor de las diez barras de oro. Esto lo hemos avisado á los señores Fernando Restrepo é Hijos por la mala del 1.º del corriente ” (Foja 35).

Y á fojas 77 del mismo 6.º legajo, Henry y C.^a dan cuenta del cobro á Restrepo é Hijos y de la inversión de las libras, chelines y peniques que faltan para completar las £ 2,511 del seguro.

Lo anterior no necesita comentarios. Henry y C.^a no han sido ni son los aseguradores.

Aunque mi honorable contrincante apoyándose en el artículo 411 del Código Marítimo que dice así : “Fuera de los casos expresados en la legislación particular del Estado en donde se celebre y haya de cumplirse el contrato &.”, sostiene que es improcedente en este juicio la disposición del artículo 382 del Código de Comercio del extinguido Estado de Bolívar, la cual sanciona que “ los aseguradores se subrogan en los derechos de los asegurados,” conviene más adelante, dominado sin duda por el recto espíritu de justicia que lo distingue, en que el seguro, como contrato celebrado en un país para surtir sus efectos en otro, está sometido á la legislación del segundo, y, en

este caso, admite la exequibilidad del citado artículo 382, bien que restringiendo su significado.

No necesito disertar mucho sobre la materia una vez hecha semejante concesión, que está, además, apoyada, entre la de otros muchos expositores, por la irrecusable autoridad de D. Carlos Calvo, quien dice :

“ Los contratos deben regirse, en estricto derecho, por la ley del lugar en que se celebren. Así, la *lex loci contractus* es el principio por el cual se determina el valor legal de la forma y efectos de las convenciones.”

Pero entre las excepciones de la regla está incluida la de que “ el acto, según los términos de la convención, debe ejecutarse en otro lugar que aquél donde se haya celebrado.”

Y continúa : “ En este caso, como dice Fœlix, *todo lo que concierna al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato y su ejecución, ó todo lo que debe hacerse después de celebrado el contrato*, debe regirse por la ley del lugar en que haya de ejecutarse.”

Pascual Fiore es de la misma opinión.

Cuál es el lugar donde haya de ejecutarse un contrato ?

Fiore, en su obra de Derecho Internacional privado, contesta : “ El lugar de la ejecución se determinará, ora con arreglo á la voluntad expresa de las partes, ora conforme á la naturaleza del contrato y á las circunstancias, y á falta de todo esto, por el domicilio del deudor.”

En un contrato de seguro de cosas muebles, expuestas á riesgos terrestres, fluviales y marítimos, desde Medellín hasta Londres, es claro que el lugar de ejecución no está sujeto al acuerdo de las partes; pues si se entiende como tal el punto en donde la obligación se hace exigible, ó sea el pago de la prima si no ocurre siniestro cubierto por la póliza, ó la indemnización de la pérdida en el caso contrario, dicho lugar variará constantemente, y sólo la naturaleza del contrato puede servir de guía para determinarlo.

Es evidente que en territorio del extinguido Estado de Bolívar debe entenderse verificada la desaparición de las barras demandadas, pues en él fue donde se notó la falta de la caja que las contenía, y era en Barranquilla donde debieron ser restituídas á los consignatarios que habían de remitirlas á Europa.

Por otra parte, es regla de seguro que, mediante el pago del siniestro, las cosas aseguradas pasan en dominio al asegurador; y tratándose de un contrato celebrado en el extranjero, relativo á cosas situadas en Colombia y cuyo dominio ha de transferirse á extranjeros por causa de hechos cumplidos aquí,

ocurre preguntar conforme á cuál legislación se verifica la transferencia. D. Carlos Calvo contesta : “ Los actos ó contratos que se celebren concernientes á ellos (los bienes muebles), se rigen por la ley del domicilio de la persona á quien pertenezcan : *lex loci domicilii* (pág. 277, tomo 1.º, Derecho Internacional).” “ Una de las consecuencias de que los actos y contratos, agrega, sobre bienes muebles se rijan por la ley del domicilio de la persona que los posea, es que las formalidades que les son inherentes tienen forzosamente que acomodarse á las del lugar en que se verifiquen.”

Principios tales están sancionados en la estipulación del artículo 8.º, Título III del Tratado comercial concluído en el Congreso Internacional de Montevideo por las Repúblicas del Plata, las de Chile, Bolivia y Perú y el Imperio del Brasil. Esa estipulación está concebida así :

“ Los contratos de seguros terrestres y de transportes por ríos ó aguas interiores se rigen por la ley del país en que está situado el bien objeto del seguro, en la época de su celebración.”

Nada significa en contra que en Colombia esté asimilada la navegación y el comercio fluviales á la navegación y el comercio marítimos. Esto es de legislación interna.

Cónsonas con la anterior, son las estipulaciones sobre que el fletamento y las averías particulares se rigen por la ley del país en donde está la agencia con la cual se contrate el fletamento.

Surge de cuanto queda expuesto, que la legislación colombiana rige en absoluto todas las consecuencias de la pérdida de las barras demandadas, entre las cuales están comprendidos los efectos de su seguro. El artículo 20 del Código Civil nuestro así lo estatuye.

Cuando, pues, el Código Marítimo se refirió en su artículo 409 á la legislación civil ó comercial de los Estados, en pleno régimen federal, debe entenderse, tratándose de un seguro contratado en el extranjero, que aludía al Estado en donde la obligación se hacía exigible.

Fundado en razón y en justicia fue, por tanto, que la Compañía, en virtud del derecho que aquel artículo 409 le daba, apelara á la ley comercial de Bolívar é invocará en contra de los recurrentes el precepto de su artículo 382, que sanciona la subrogación de los aseguradores en los derechos de los asegurados.

Si la legislación mercantil de Bolívar no fuera pertinente, lo sería la de Antioquia por tener allí su domicilio los dueños de las barras. Pero no sería una ventaja para los recurrentes

el cambio, porque el Código de Comercio de ese Estado era el nacional de 1853 é idéntico al de Bolívar. En él también se registra el precepto de la subrogación.

Esta opinión de que los aseguradores adquieren *ipso jure* los derechos de los asegurados, no es mía ni es nueva; el Código de Comercio español y el de varias naciones sud-americanas lo sancionan.

Y lo particular no es eso, sino que, no pudiendo el asegurado reclamar el pago del seguro sin hacer abandono de las cosas aseguradas, cuando puede hacerlo, es de ley (artículo 504 del Código Marítimo) que :

“La dejación admitida ó declarada válida en juicio contradictorio, TRANSFIERE desde su fecha Á LOS ASEGURADORES EL DOMINIO IRREVOCABLE DE LAS COSAS ASEGURADAS, con todos los derechos y obligaciones del asegurado.”

Los aseguradores aceptaron la dejación desde 1.º de Diciembre de 1886, por lo menos, pues en ese día ya habían pagado las libras esterlinas del seguro.

Si desde entonces los aseguradores eran dueños irrevocables de las barras de oro, ¿qué título, qué derecho, qué acción tuvieron Restrepo é Hijos y Fergusson, Noguera & C.ª el 23 de Diciembre del mismo año, y cuáles después Henry y C.ª para perseguir judicialmente á nadie por las mismas cosas?

Ningunos.

Inoficioso y sin fruto ha sido, pues, disputarle á la Compañía del Dique el número y la disposición de un artículo.

La falta de título ó derecho en los recurrentes por consecuencia del pago verificado por los aseguradores, ha legalmente extinguido su acción contra la persona ó Compañía que sea responsable por su culpa del reintegro de las barras. El responsable puede continuar siéndolo, pero no á Restrepo é Hijos, ni á Fergusson, Noguera y C.ª: ese es el fundamento de la excepción.

El que demanda lo hace por derecho propio ó ajeno: los artículos 265 y 932 del Código Judicial exigen al que promueve una acción que diga si procede por sí ó á nombre de otro; y los artículos 292 y 322 lo denominan *demandante* en el primer caso, y *apoderado judicial* en el segundo.

Surtida la subrogación legal de los aseguradores en los derechos de los asegurados, éstos no tienen acción que ejercitar ni derecho que reclamar por el transporte ó pérdida de las

barras; en una palabra, no son dueños, y solamente al dueño, al que tiene interés propio, le es permitido litigar como demandante.

La distinción que el hábil representante de los recurrentes hace de subrogación *en los derechos de un acreedor ó en las obligaciones de un deudor*, no tiene cabida en la legislación patria; y me atrevo á afirmar que en el mundo jurídico se ha reservado la palabra *subrogación* para designar la primera, y la de *novación* para la segunda cuando por delegación queda libre el primitivo deudor.

La subrogación está comprendida en la expresión genérica de *pago*. El Código Civil la define diciendo que “es la transmisión de los derechos del acreedor á un tercero que le paga.” (Artículo 1666).

Y sus efectos están determinados en el mismo Código :

“ Art. 1670. La subrogación tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas é hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente á la deuda &c.”

Precisamente los efectos expresados, son los mismos que el artículo 504 del Código Marítimo señala para la dejación. Qué importaría que fuera improcedente el artículo 382 del Código de Bolívar, si el de 1870 sanciona la subrogación?

Voy á concluir con el alegato del distinguido jurisconsulto que sostiene las pretensiones opuestas al derecho de la Compañía.

1.º No tiene fuerza jurídica contra la excepción originada por la subrogación de los aseguradores, argüir que éstos no tienen obligación de ejercitar los derechos que se les han transmitido; porque, sea que ejerciten ó que no ejerciten esos derechos, siempre los tendrán ellos y nó los asegurados que ningún título pueden alegar para ejercitarlos.

2.º Aunque las cartas de los comisionistas de seguro A. & S. Henry & C.º digan que los aseguradores encomendaban á los asegurados el ejercicio de acciones judiciales para la restitución ó pago de las barras, el Derecho Procesal colombiano nunca ha autorizado esa manera de conferir personería. Bien pensaban y bien sabían la legislación de su país Restrepo é Hijos cuando les decían á Fergusson, Noguera y Compañía que el pago de los aseguradores los había privado de todo derecho á las cosas aseguradas.

3.º Es cierto que el artículo 680 del Código de Comercio de Panamá, dice :

“ El asegurado está obligado :

“ A tomar todas las providencias necesarias para salvar ó recobrar la cosa asegurada, ó para conservar sus restos.”

Pero esa disposición, aplicable únicamente entre tanto que el asegurado no haya hecho dejación, está fuera de lugar en la presente litis. Las barras demandadas se perdieron del 29 al 30 de Mayo de 1886 ; los aseguradores las pagaron á fines de Noviembre ó el 1.º de Diciembre de ese año ; y el Código de Panamá fue adoptado en 15 de Abril de 1887 para comenzar á regir en toda la República desde el 22 de Julio siguiente. Es regla que en todo contrato están incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, pero no las sustantivas ni siquiera expedidas.

La legislación comercial de Bolívar no contenía disposición semejante á la del Código de Panamá. El Marítimo, refiriéndose á las leyes de los Estados, dice algo parecido pero limitado á los casos de apresamiento, naufragio y varamiento con rotura.

5.º La Compañía del Dique no ha dicho, como parecen indicarlo los recurrentes, que el Capítulo 8.º, Título 14, Lib. 4.º del Código Civil se denomine : “ Del pago *por* subrogación,” y no “ Del pago *con* subrogación;” bien que, entre otros, Don Joaquín Escriche usa indistintamente las dos frases.

Y aunque no tenga objeto, y sin impugnar las definiciones que los recurrentes dan de lo que es pago *con* subrogación y pago *por* subrogación, confieso que no alcanzo á comprenderlas, que no alcanzo á apreciar su diferencia.

“ Pago *con* subrogación, dicen, es el que yo hago para adquirir los derechos de la subrogación.”

Por quién pago yo para subrogarme ? Por el deudor.

A quién pago ? Al acreedor en cuyos derechos me subrogo.

“ Pago *por* subrogación, añaden, es el que *otro* ha hecho *por mí* subrogándose en los derechos de mi acreedor.”

Por quién paga el tercero para subrogarse ? Por el deudor.

Quién es el deudor ? Yo.

A quién paga el tercero por mí ? Al acreedor en cuyos derechos se subroga.

En eso no hay sino un juego de palabras, en el fondo la misma cosa.

6.º “ Subsidiario viene de subsidio, del latín *subsidiarius*,” y significa en castellano algo más que simple socorro ó auxilio : es socorro, ayuda ó auxilio extraordinario (Diccionario de la Academia, subsidiario y subsidio). Y en Jurisprudencia *subsi-*

diaria no es la obligación que acrece ó accede á la principal, por convención, por contrato entre el auxiliado y el auxiliador, entre el acreedor principal y el accesorio ó subsidiario. Las obligaciones que acrecen ó acceden á otras son en Jurisprudencia *accesorias* como que derivan de *contratos accesorios*, bien que para contraerlas no sea necesaria siempre una convención entre el deudor principal y el accesorio, como lo estatuye la ley respecto de *la fianza*.

Los Códigos no dicen lo que deba entenderse por obligación subsidiaria. D. Joaquín Escriche expresa que subsidiario es “lo que no es principal sino secundario y superabundante; lo que no sirve para establecer un derecho sino sólo para fortificarlo; lo que sólo ha de usarse por vía extraordinaria, cuando falte el recurso ordinario y principal.”

El seguro no es principal sino *secundario y superabundante*; no sirve para establecer un derecho sino para fortificarlo, y no produce efectos sino extraordinariamente.

El seguro, contrato de mera indemnización, no accede á otro, ni da derecho á aquélla sino consumado el siniestro; mientras tanto subsiste el derecho principal y ordinario que se tiene á la cosa asegurada. A falta de ésta, viene el socorro, la ayuda, el auxilio extraordinario del asegurador. Más, cosas aseguradas hay de las cuales nadie está constituido responsable por contrato.

En el transporte es patente el carácter subsidiario del seguro, porque tiene por fin garantizar al asegurado contra los riesgos de la conducción. Si no se pierde ó menoscaba el objeto expuesto á ellos, ninguna obligación tiene el asegurador; simplemente cobra la prima.

Existe tal relación entre el transporte y el seguro, que la carta de porte ó el conocimiento ó la planilla es la primera prueba requerida para reclamar la indemnización, así como los demás documentos justificativos de que el porteador ó fletante no ha restituído la cosa cuya conducción se le encomendó.

Si, pues, el Código Marítimo, si la legislación sobre seguros atribuye y da á la dejación consentida, como en el caso de las diez barras, ó judicialmente declarada válida, los efectos de la *subrogación*, ésta se opera de derecho y queda comprendido el asegurador en la siguiente disposición del Código Civil:

“Artículo 1668. Se efectúa la subrogación por ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, *en todos los casos señalados por las leyes* y especialmente en beneficio:

3.º Del que paga una deuda á que se haya obligado subsidiariamente.”

En resumen resulta: 1.º Que los aseguradores son desde

Diciembre de 1886 dueños de las barras demandadas ; 2.º Que A. & S. Henry & C.ª de Mánchester no son los aseguradores ; y 3.º Que Fernando Restrepo é Hijos y Fergusson, Noguera y C.ª no han tenido personería para iniciar y sostener este pleito, aun en el inadmisibile supuesto de que fuera responsable la Compañía del Dique.

5.ª

EXCEPCIÓN PERENTORIA DE *petición indebida*.

La Compañía fundó esta defención en que la demanda *no está apoyada necesariamente* en el conocimiento de carga, como dispone el artículo 258 del Código Marítimo, ó en la planilla de embarque redactada y firmada como establece el artículo 5.º del contrato de correos.

Los precedentes fundamentos son los que en cierto respecto constituyen la excepción que los recurrentes han denominado de *no deber*.

La Compañía la ha considerado como de petición indebida porque, como queda antes alegado, el artículo 258 del Código Marítimo dispone que: "Las demandas entre el cargador y el Capitán que se refieran á la carga, sean necesariamente apoyadas en el conocimiento, y *sin la exhibición de éste no se les dará curso*." De manera que entre los documentos con que se acompañe la demanda, es indispensable que se cuente el conocimiento.

Y como por otra parte, el artículo 5.º del contrato dice que "las planillas de que trata el parágrafo (a) del artículo 4.º determinan la responsabilidad del contratista," son esos documentos estrictamente necesarios para fundar la acción.

Las planillas del contrato y el conocimiento del Código son una misma cosa, tienen idéntico objeto y una misma aplicación. Ambos sirven para justificar el embarque y se suplen enteramente en la conducción del correo : habiendo conocimiento, nada importaría ante la ley que no hubiera planilla ; habiendo planilla nada importaría que no hubiera conocimiento.

En este particular es terminante la opinión de la parte contraria. El contrato de correos es, para ella, de arrendamiento de transporte que se rige por sus propias estipulaciones y por las del Código Marítimo en cuanto sean aplicables al comercio fluvial ; y además de que es innegable á dicho contrato su naturaleza de fletamento, el comercio fluvial ha aceptado la formalidad del conocimiento.

No significa nada en contrario que, erroneamente, se a.

costumbre á veces hacer firmar el conocimiento por los Contadores ; porque ello cuando más demostrará la falta de mérito jurídico del documento, puesto que los convenios de los particulares no pueden derogar las leyes que interesan al orden y á las buenas costumbres ; pero no probará que el precepto legal que lo hace necesario, sea inaplicable á la navegación ó transporte fluvial.

Siendo así, la planilla que supla al conocimiento debe reunir todos los requisitos del contrato, que son los de la ley ; y está visto : 1.º Que el embarcador del correo no hizo las dos planillas expresivas de los números, marcas, peso y contenido de las cajas de encomiendas ; 2.º Que por lo mismo, no se anotó el recibo de éstas bajo las firmas del Capitán y del empleado que lo presenciara, indicando conformidad ó disconformidad entre las planillas y los números &c. de las cajas ; y 3.º Que el embarcador no era tampoco Mensajero.

El documento que sirvió para el embarque, confeccionado en Medellín, de ninguna fuerza contra terceros que no lo autorizaron, no puede jamás suplir á las planillas del contrato, porque no reúne ninguna de sus condiciones esenciales.

Faltan, pues, las planillas, y el conocimiento. Carece la acción de su necesario apoyo y los demandantes no pidieron debidamente. Es justo reconocerlo.

Una vez que, mediante la debida confección de las planillas y la formal entrega al Capitán en presencia del Contador ú otro empleado, queda el correo á cargo de la Compañía, ella se constituye responsable “ de las faltas que resulten en las cajas en que al hacer la entrega no haya conformidad en sus marcas, número, peso y sello con los anotados en las planillas, y del valor total de la ó de las que dejare de entregar (artículo 5.º del contrato).

El correo que salió de Medellín en Mayo de 1886 lo constituyeron varias cajas, de las cuales llegó una de menos á Barranquilla.

Esa falta determina la responsabilidad en que se incurrió y la acción que debió intentarse : una caja faltó, una caja debe devolverse. Poco importa ahora quién sea el responsable.

Pero ya que la Compañía fue la demandada, ¿ qué dice su contrato de correos ? Cómo podría ella satisfacer la responsabilidad, si la hubiera contraído ?

Restituyendo la caja que faltó, “ sin novedad en su marca, numeración, peso y sello.”

Y es claro, porque ella no recibe barras ni valores de ninguna clase, sino cajas. El ilustrado abogado de los recurrentes así lo ha confesado, diciendo que el contenido no está sujeto á verificación por parte del Capitán.

Resulta de ahí que Restrepo é Hijos y Fergusson, Noguera y C.^a no han tenido acción para pedir diez barras de oro que la Compañía, que el Capitán no habría recibido, aun haciéndole debida entrega. La obligación contraída habría sido de devolver una caja con la marca, el peso, el número y los sellos determinados en la planilla; pues es categórico que el que recibe no se compromete á devolver estas ó aquellas barras de Juan ó de Pedro, que ni siquiera sabe las contenga el cargamento.

Para robustecer las precedentes observaciones basta suponer por un momento que la caja perdida pareciera y que no hubiera novedad, como dice el contrato, ni en el número del forro, ni en los sellos, si los llevaba, ni en cualquier marca que la distinguiera y aun en el peso, esto no obstante que el pasaporte no le asignaba *peso alguno* ni ninguna marca: ¿quedaría cumplida la entrega del correo, luégo que se declarara que aquélla era la caja extraviada? Qué derecho tendrían Restrepo, los aseguradores, nadie para demandar la restitución de ciertas barras? Ninguno tendrían.

Y si abierta la caja resultaba contener una sustancia que no fuera oro, pero sí de peso igual al de las barras empacadas en Medellín, ¿acusaría ello un cargo contra el acarreador?

Nó, que es ley de transporte marítimo que “no se responde de la calidad interior de las mercaderías que los bultos contengan, sino cuando durante el viaje hubieren sido abiertos sin necesidad (artículo 244 Código Marítimo).” Y además, que la entrega se hará de conformidad con la obligación: “contando, pesando ó recibiendo las mercaderías, siempre que el Capitán *se hubiere constituido responsable de su número, peso y medida* (inciso 3.º artículo 99 Código citado).”

Y suponiendo que no hubiera equivalencia en el peso, ¿indicaría esto que la merma tuvo origen en el Río Magdalena? Tampoco, porque ni las planillas expresaban peso ni se pesaron á bordo las cajas.

Tratándose, pues, de la restitución de una caja y no de su contenido, puesto que, aunque el Capitán no está obligado á hacerla, concediendo que lo estuviera, “libraría á la Compañía de toda responsabilidad, con entregar á su destino las mismas cajas sin novedad en sus marcas, numeración, peso y sellos,” como dice mi ilustrado contrincante.

Y éste tiene razón, porque el Código Civil estatuye que

“pago es la prestación de lo que se debe en conformidad al tenor de la obligación que se contrae,” de modo que quien debe caja de cierto número y sellos, y *aun marcas y peso*, se libera entregando esa caja.

La ley es muy filosófica, muy sabia, sus disposiciones están enlazadas, concatenadas de manera tal que pareciera se engendraran mutuamente. En apoyo, en auxilio, en socorro de las disposiciones que determinan la manera de hacer el pago, vienen todas las relativas á la naturaleza de la obligación que, si para constituirse es condicional y modal, para exigirse y cumplirse una vez contraída *es indivisible*; porque jurídicamente tiene ese carácter la de entregar “una caja que no ha de tener novedad en su marca, número, peso y sello,” aunque, como dice Escriche, ella sea divisible por naturaleza.

Vosotros sabéis, señores Magistrados, que el deudor de obligación indivisible es obligado á satisfacerla en todo, y que cada acreedor de una obligación semejante tiene derecho á exigir el total (artículo 1584 Código Civil). De donde se deduce que ni el deudor puede dividirla para cumplirla, ni uno de los acreedores demandarla por partes.

La ley no se detiene ahí. Si uno de los acreedores demanda el cumplimiento de la obligación indivisible y el deudor la cumple ó ejecuta, ese hecho constituye pago, extinción de la obligación respecto de todos, y engendra una excepción perentoria (artículo 1588, 1525 y 1626 del Código Civil, 461 y 479 del Código Judicial y 138 Ley 57 de 1887).

En definitiva, pues, Restrepo é Hijos no pudieron demandar sino una caja, y la Compañía, si estuviera obligada, no debía entregar sino una caja; caja en la cual “se empaquetaron unas barras, *no por pertenencia sino por volumen ó tamaño*,” según la sincera expresión de mi contrincante.

El Banco del Progreso de Medellín, de quien debió ser otra parte de la caja que se supone perdida, no pudo demandar tampoco sino la misma caja, y recibéndola se habría extinguido el derecho de ambos.

Uno y otro han pretendido la división de la obligación, pero de una obligación legalmente indivisible, y pidieron mal, ejercitaron mal su acción. Ello constituye una petición indebida, y como excepción debe ser reconocida.

Mi ilustrado contrincante ha confirmado mis opiniones á este respecto. Ha alegado que la continencia de la causa está dividida, lo cual presupone que á su juicio la acción debía ser una é indivisible.

Si llegareis á fallar en el fondo, á vosotros, señores Magistrados, os toca declararlo.

EXCEPCIÓN PERENTORIA DE *prescripción de acción.*

La Compañía ha sostenido que la acción intentada por los recurrentes ha prescrito, basada en estos hechos:

1.º En que el artículo 526 del Código Marítimo declara que:

“Es inadmisibile la acción contra el Capitán.....por la avería particular ó común que sufrieren las mercaderías, siempre que éstas sean recibidas sin protesta,” y consta en autos que Restrepo é Hijos y Fergusson, Noguera y C.ª no protestaron por el daño que padecieron á causa del extravío de las barras demandadas, y que éstos últimos recibieron sin reserva las catorce barras restantes de las veinticuatro que relacionaba el libramiento (fojas 6.ª del primer cuaderno y 3.ª á 5.ª del 2.º);

2.º En que conforme al artículo 527 del mismo Código, la protesta aludida “no produce efecto alguno si no fuere hecha y notificada al Capitán dentro de setenta y dos horas,” requisitos no surtidos por la falta de protesta; y

3.º En que, de acuerdo con el mismo artículo, “hecha y notificada la protesta en el plazo indicado, no produce tampoco efecto alguno *si no se entablare demanda dentro de dos meses contados desde la fecha de la respectiva protesta,*” y no solamente no se hizo protesta, buena ni mala, sino que, recibidas las catorce barras, á que me he referido, *en los primeros diez días de JULIO de 1886, la demanda fue incoada en 23 de Diciembre posterior, esto es, cuando habían transcurrido más de seis meses de padecido el daño.*

Daño es detrimento, menoscabo, perjuicio en la hacienda ó en la persona, y cuando este daño se recibe en la navegación por causa de accidentes de mar, es decir, por obra de los elementos ó de la violencia de los hombres, se denomina *avería* (Escriche, Dic. de Leg. página 48, ed. de París, 1858).

El daño que provino de la falta de las diez barras, se prueba con la misma demanda, si el libramiento no bastare; daño que, en concepto de Ramón Mejía y de los recurrentes, provino de un robo.

Ese daño lo estima el Código Marítimo como una avería (artículo 277), en estos términos:

“Son averías en la acepción legal de esta palabra:

“Todos los daños que.....reciben las mercaderías desde su embarque en lanchas ú otros buques menores, en el lugar

de la expedición, hasta su desembarque en el de la consignación.”

Que esa avería es particular, lo patentizan el hecho de que la pérdida de las barras no redundó en beneficio de la nave y del cargamento, como requiere el Código en su artículo 281, y el que esa pérdida pudo provenir “de hecho del naviero, Capitán, tripulación, cargadores, pasajeros ó cualquiera otra persona,” como sanciona el artículo 316, en el supuesto de que, como los recurrentes sostienen, estuvieran las barras dentro de la caja perdida.

Ese caso de avería particular lo comprende el artículo 317 en su inciso 11, en esta forma :

“Pertenecen á la clase de averías particulares :

“En general todos los daños..... que no redunden en beneficio común de la nave y su carga, y que no merezcan el concepto de avería común conforme al artículo 281.”

No es la Compañía quien razona ; es la ley, y los hechos la abonan. No habría sido necesario repetir todas estas cosas que vosotros, señores Magistrados, leeréis en mis alegatos de 1.^a y 2.^a instancia, sino fuera porque el representante de los recurrentes las ha robustecido.

El ha convenido en que *el contrato de correos se rige por el Código Marítimo en todo lo que se relaciona con los accidentes, riesgos y peligros de la navegación*, y yo he demostrado que ese contrato es rigurosamente de fletamento.

Nada arguye en contra de la excepción el que él diga que el contrato se rige por la legislación marítima en lo relacionado con la navegación *propriadamente dicha*, porque tal limitación no tiene razón de ser, absolutamente ninguna. Pues, cuál es esa razón, si lo único que la Ley 35 de 1875 requiere en su artículo 2.^o es que se puedan aplicar al comercio fluvial las disposiciones sobre comercio marítimo? Y por qué han de estimarse inaplicables las disposiciones sobre averías particulares, si éstas lo mismo se causan en el mar que en el río?

No se explica plausiblemente el motivo que la parte contraria tuviera para incluir entre los accidentes, riesgos y peligros del comercio marítimo, extensivos al fluvial, *la avería común, echazón, arribada forzada, naufragio, varamento &c*, y para no incluir entre esos la *avería particular*, que también es un accidente, riesgo ó peligro peculiar del transporte mercantil, susceptible de cumplirse en el río como en el mar. La regla es terminante, y debe creerse que la excétera de que aquella parte usa, envuelve la avería particular.

No se argüirá que las encomiendas no son carga en el sentido legal del vocablo? Tal argumento basado en que el

contrato no es de fletamento ni las encomiendas se embarcan bajo conocimiento, apenas merece los honores de la refutación.

El contrato sí es de fletamento, como en demasía está demostrado; y la planilla que sirve para el embarque suple al conocimiento, como también está evidenciado.

Por otra parte, el Código no ha definido lo que haya de entenderse por cargamento, sino que en su artículo 160 estima como tál á las mercaderías que se han de transportar. El de Comercio terrestre hace igual estimación en su artículo 258, y el Civil en su artículo 2078 concordante con los 2072 y 2075 denomina *carga* á las cosas cuyo transporte se contrata.

D. Joaquín Escriche define como cargamento “el conjunto de géneros ú otras cosas que carga una embarcación para el transporte.” Lo mismo se entiende en el lenguaje ordinario, con prescindencia absoluta de la manera como se haya de comprobar el embarque y del título que se haya tenido para efectuarlo.

Pero es muy singular que, no siendo las encomiendas *carga* en sentido legal por falta de conocimiento y de póliza de fletamento, se hallen sin embargo expuestas á averías comunes; y más curioso todavía que estén expuestas á avería común y no lo estén á avería particular, cuando una y otra se comprenden genéricamente en la voz *avería*, que designa el daño que reciben la nave ó la carga (artículo 277, Código Marítimo).

Si las encomiendas no son carga para los efectos del Código Marítimo, cómo estimarlas, como apreciar su menoscabo, estando no obstante sujetas á las leyes de aquel Código?

A tamaños absurdos conducen las inconsecuencias; absurdos que desaparecen por encanto reconociéndoles á las cosas su verdadera naturaleza y á las leyes su natural imperio. Pero no se sale de ellos, no se evitan queriendo discutir y decidir el punto de conformidad con la ley marítima de 1870 y con la civil de 1873, porque lo resiste el artículo 2078 de ésta, diciendo que *las disposiciones comerciales sobre transporte son preferibles á las comunes*.

Por último: la inconsecuencia de sujetar las encomiendas á avería común y de negarles el nombre de carga por las razones expresadas, se hace evidentísima con las siguientes citas del Código Marítimo:

“Art. 281. Son avería común.....los daños que, en virtud de deliberaciones motivadas &.” se causan conjunta ó separadamente á la nave *y su carga* para salvarlas de un inminente riesgo de mar &.”

“Art. 284. Las averías comunes son de la responsabilidad

de la nave, del flete y de las mercaderías que existan en ella al tiempo de correr el riesgo.....

“En consecuencia, contribuyen al pago de la avería común:

“3.º Las mercaderías existentes á bordo inclusas las que fueren transportadas en el combés ó bajo de la cubierta *sin el debido conocimiento*.

“5.º La moneda metálica perteneciente á la nave, cargadores y pasajeros.....”

Nada importa, pues, que haya habido conocimiento ó nó; esa omisión cuando más implica falta de responsabilidad del naviero, pero jamás que la mercadería no sea mercadería transportada, esto es, carga ó parte del cargamento.

En esa carga que va sobre el combés ó bajo cubierta, sin conocimiento, se comprende la indebida ó fraudulentamente embarcada, y también la que los pasajeros llevan como tales. Las encomiendas no se cuentan entre las primeras, porque en definitiva los buques-correos debían transportarlas; pero sí entre las segundas, porque el artículo 6.º del contrato le da al Mensajero el carácter de pasajero de primera clase, y estando las cajas del correo encomendadas á su responsabilidad, de él dependía descargarse ó no de ellas poniéndolas al cuidado del Capitán.

El artículo 273 del Código es terminante: “El pasajero se reputa *cargador* de los objetos que lleva en la nave; y gozará de los derechos de tal, siempre que los ponga al cuidado y guarda del Capitán.”

En síntesis, pues, las encomiendas viajan á bordo como carga, bien las cubra la planilla, bien el conocimiento, bien no las cubra ni uno ni otro documento.

Y como consecuencia de todo lo relacionado y sostenido, está lógica y estrictamente surtida la prescripción de acción.

PARTE MORAL DE LAS DEMANDAS.

La larga y fatigante labor que antecede ha servido para cimentar sobre bases severamente verdaderas, sobre hechos y preceptos incontrovertibles, el justísimo derecho de la Compañía del Dique á que se declare que los demandantes no han tenido título para parecer en juicio, y menos como lo han hecho; y que dicha Compañía no es ni ha sido responsable de la guarda ni de la pérdida de la caja que encerraba las barras demandadas.

En este delicado asunto ninguna increpación se le puede hacer á la Compañía, pues en el improbable evento de que el Capitán se hubiese hecho cargo del correo sin guardar las precauciones estatuidas al efecto, la ley le serviría de escudo y la haría invulnerable.

Si el Capitán recibió indebidamente, si indebidamente se obligó, es decir, sin que Ramón Mejía O. confeccionara y le exhibiera las planillas de que trata el artículo 4.º del contrato, sin verificar la conformidad ó discordancia de ellas con la numeración, las marcas y el peso de las cajas de encomiendas, y sin autorizar con su firma y la de un segundo como testigo esa conformidad ó discordancia; si así lo hizo, la Compañía á nada quedó obligada, y ello es legal consecuencia de todo.

Porque establecidas esas formalidades por el Gobierno y la Compañía como una garantía para ambos, ni el que entrega ni el que recibe pueden renunciarlas, porque constituyen un derecho de que sólo es dado prescindir á aquél en cuyo interés individual ha sido acordado (artículo 15 del Código Civil).

Y de ese principio jurídico deriva el que sanciona el artículo 68 del Código Marítimo en estos términos:

“No son de la responsabilidad del naviero las obligaciones contraídas por el Capitán..... *en que se hubieren omitido las condiciones habilitantes ó las formalidades sustanciales prescritas por la ley.*”

Y condiciones habilitantes y formalidades sustanciales fueron todas las pretermitidas en la llamada consignación del correo á bordo. De ley era llenarlas para que quedara contraída debidamente la obligación.

No es eso sólo. La ley rechaza toda imputación por el papel que el Contador representó antes del embarque de las cajas. Es verdad que no tenía facultad para ello, que si la hubiera tenido habría obligado á la Compañía; pero la ingerencia de aquél en el asunto, dependió en todo de la voluntad de Ramón Mejía, que, sabedor de las formalidades prescritas para el embarque del correo, se contentó con la irregular intervención del Contador. La ley que en ningún caso abandona al capricho los intereses de la justicia ni deja sin castigo á quien contra ellos atenta, ha previsto el caso de que se exija al naviero responsabilidad por hechos que no pueden ni deben engendrar derechos para quien lo persiga; y ha sancionado este precepto en su artículo 67:

“Cesa la responsabilidad del naviero:

“Si el que persigue esa responsabilidad fuere cómplice de los hechos del Capitán ó tripulación.”

Disposición pertinente en este litigio, porque en nombre

y representación del titulado Mensajero, se persigue á la Compañía.

Por lo demás, el primer deber del Capitán con respecto al cargamento es cuidarlo, vigilarlo, y en autos consta que, durante todas las noches del viaje, hacían guardia dos empleados del vapor en turno con los Mensajeros que había á bordo. Qué más tocaba hacer al Capitán? Era ese su deber y lo llenó cumplidamente. Por qué solicitar, pues, de la Compañía las barras perdidas? Los recurrentes deben interrogar por ellas á Ramón Mejía, que tenía á su cargo y responsabilidad la caja que las guardaba, y estaba obligado por el contrato á custodiarla y vigilarla.

No creo necesario ocuparme aquí en analizar la declaración rendida por el Contador ante el Alcalde del Distrito de Barranquilla ni su ratificación durante el juicio. Suficientemente lo hice en mi alegato de impugnación al recurso de casación, y si las razones que entonces expuse no bastaran por sí solas, ellas estarían abonadas en lo que al contenido de la caja se refieren, por estas palabras del distinguido abogado de los recurrentes: "El contenido de las cajas no está sujeto á verificación por parte del Capitán (ni de ningún empleado del vapor, añadido yo), sino únicamente el número, marca y peso bruto de cada una." Y en lo relacionado con el número del forro, me remito al valor que el artículo 244 del Código Marítimo, antes transcrito, le da á las palabras de que el Contador hizo uso en el recibo extendido en el pasaporte.

Alguna importancia le atribuyen los recurrentes á dos cartas dirigidas por el señor D. Federico Stacey á los señores Alejandro Noguera, socio de Fergusson, Noguera y C.^a, y doctor José María Sojo, abogado director de los recurrentes en 1.^a instancia.

Jurídicamente son de ninguna importancia esas cartas:

1.^o Porque equivalen al testimonio del señor Stacey que, como singular, ningún valor tiene á pesar de lo honorable que él es.

2.^o Porque no está probado que el señor Stacey estuviera autorizado para escribirlas.

3.^o Porque el solo carácter de agente de la Compañía del Dique no facultaba al señor Stacey para obligarla.

4.^o Porque, tratándose de un proyecto de transacción, el Código Civil no faculta para iniciarlo sino al que tiene derecho para disponer de los bienes y acciones sobre que se ha de

transigir, ó poder en forma en que se expresen esas mismas cosas (artículos 2470 y 2471); y

5.º Porque en la fecha de las cartas, regía el artículo 1611 del Código Civil que estatúa que “la promesa de celebrar un contrato *no producía en ningún caso obligación alguna* ;” de modo que tampoco daba ningún derecho. Y la promesa de transar quedó sin vigor y no produjo efecto.

Esas razones las alegué yo desde la 1.ª instancia. Y no dudo que las tuvo en cuenta el Dr. Sojo, que es un abogado de nota, pues en la carta en que contestó al señor Stacey con fecha 17 de Marzo, le dice que lo mejor sería que el mismo señor D. Pedro Vélez, Gerente de la Compañía, se entendiera directamente con los señores Fergusson y Noguera para el arreglo del asunto (Cuaderno 3.º, fojas 30 y 31).

Vistas así las cartas en su faz legal, no son más favorables á los recurrentes moralmente consideradas.

Esas cartas fueron escritas bajo la influencia del Dr. Sojo, mediante gestiones suyas de que yo prescindo. Antes del 12 de Marzo, fecha de las cartas de Stacey, éste dirigió ó debió dirigir á D. Pedro Vélez la siguiente, tomada del copiador de cartas de Stacey (Cuad. 4.º, f. 44), que dice así :

“Barranquilla, 24 de Febrero de 1887.

“Señor Don Pedro Vélez.—Cartagena.

“El señor doctor Sojo me visitó ayer para hablar sobre la reclamación hecha á usted por el oro robado. *El dice* *que en su opinión* (la de Sojo) *usted no puede evitar la responsabilidad del pago* por la pérdida mencionada; y que sería mejor que usted conviniese á ello; y que podía, me explicó, hacer un arreglo para pagar por instalamentos con un término considerable.

“También me dijo que se había hablado sobre el embargo de sus vapores &c. &c. &c.

“Fred Stacey.”

Como las gestiones del Dr. Sojo quedaron sin fruto y sin contestación la carta del 17 de Marzo dirigida á Stacey, volvió tres meses después á casa de éste, sin llamamiento previo, á revivir las impresiones pasadas, haciendo uso de nuevos y de mejores recursos. En esta vez fue el Dr. Sojo más explícito, le dejó entrever al señor Stacey que no era desesperante la situación de la Compañía del Dique, de tal modo que no tuvo inconveniente en consignar su ideas en un escrito que había de servir de borrador al señor Stacey para dirigir al Dr. Pe-

dro Vélez R, actual Gerente de aquella Compañía, la carta del 20 de Junio de 1887 (foja 41 vuelta, cuaderno 4.º). Ese borrador corriente á fojas 5 del 8.º legajo, fue reconocido expresamente como auténtico por el Dr. Sojo, diciendo que lo redactó y corrigió, y dice así :

“ Señor F. de T.

“ En una conferencia particular que tuve con el doctor José María Sojo, referente al pleito sobre las consabidas barras de oro, dicho señor que, en dicho pleito, es el abogado de los señores Fergusson, Noguera & C.ª, me manifestó su extrañeza de que yo no le hubiera contestado, así como tampoco á los señores Fergusson, Noguera & C.ª, la última carta escrita por ellos, referente al plazo para el pago de las barras de oro, que, á la consignación de ellos, vinieron en el vapor *Cartagena*.

“ Mi contestación fue la de que aguardaba respuesta de usted sobre el asunto.

“ En el curso de la conferencia, el doctor Sojo me manifestó que, aunque la Compañía infaliblemente sería condenada á pagarle á los señores Fergusson, Noguera & C.ª, el valor de las barras, también dejó expresar su concepto en el sentido de que los señores Vengoechea & C.ª no estaban en ese predicamento favorable.

“ Como era natural, semejante concepto me causó una verdadera tribulación, porque no era comprensible para mí, cómo la Compañía, tratándose de un idéntico caso, pudiera ser responsable para con los señores Fergusson, Noguera & C.ª, y no, para con los señores Vengoechea & C.ª; pero el doctor Sojo me sacó de la confusión explicándome que, antes de iniciarse el pleito por los señores Noguera, él preparó todos los elementos legales al efecto de que no quedase ningún vacío por donde la Compañía pudiese penetrar, y hacer ilusoria la demanda de aquéllos.

“ Me dijo que en la época mencionada indicó á los señores Vengoechea & C.ª la creación de los mismos elementos; pero que estos señores no le dieron importancia á su dictamen, y por lo cual hoy están en completa imposibilidad legal de obtenerlos.

“ Yo creo que si no fuera así lo que el doctor Sojo dice, este señor, ahora después se habría encargado de la defensa de los señores Vengoechea & C.ª, como lo está de la de los señores Fergusson, Noguera & C.ª

“ Yo le pregunté al doctor Sojo que si, llegado el caso de

que los señores Vengoechea & C.^a promovieran el pleito, él haría la defensa de la Compañía, aunque de un modo sigilosamente privado; y su contestación fue la de que él jamás había hecho defensas ocultando su nombre, porque él nunca defendía cosas ilícitas; y añadió que, como la responsabilidad de la Compañía respecto al asunto de las barras de oro, no provenía de la ejecución de acto inmoral por parte de sus agentes; sino que, el Código de Comercio y las leyes civiles eran los que determinaban los casos en que las Compañías de navegación eran responsables, una vez que la Compañía, conforme á derecho, lo era para con los señores Fergusson, Noguera & C.^a, y no para con los señores Vengoechea & C.^a, él, por su parte, y á la faz pública, no tendría inconveniente alguno para ser el abogado de la Compañía del Dique, contra los señores Vengoechea & C.^a, así como para ser un tenaz y fuerte defensor de los señores Fergusson, Noguera & C.^a, contra la Compañía del Dique, en la demanda que ya se ha intentado.

“Como tengo entendido que los señores Vengoechea & C.^a van á intentar su pleito contra la Compañía, lo pongo á usted en la inteligencia de lo que ha ocurrido para que sepa á qué atenerse en el particular.”

Fijaos, señores Magistrados, en el objeto y fin de las francas declaraciones de esa carta, declaraciones hechas por un abogado de los recurrentes.

Cuáles eran los *elementos legales* preparados para que la Compañía no hiciese ilusoria la demanda de Fergusson, Noguera y C.^a? No habrían de servir, no han servido los mismos á Vengoechea y C.^a? Era insidiosa esa manifestación? á qué propósito obedecía?

¿Qué leyes y qué Códigos son esos que determinaban la responsabilidad de la Compañía para con los clientes del Dr. Sojo y su irresponsabilidad para con Vengoechea & C.^a, hasta el extremo de que él pudiera á la luz del día sostener á Fergusson y Noguera contra la Compañía y á la Compañía contra Vengoechea? Podría decirnos el actual distinguido personero de ambos demandantes, de Fergusson, Noguera & C.^a y de Vengoechea y C.^a á qué Códigos y á qué leyes se refería su antecesor?

¿Podría explicarnos cómo habrían de ser distintas la moral y la ley tratándose, como él dice, *de dos pleitos idénticos, que han podido llevarse bajo una misma cuerda, pues que las barras reclamadas, pertenecientes unas al Banco del Progreso de Medellín, y otras á los señores Fernando Restrepo é Hijos, se contenían dentro de la misma caja perdida?*

Señores Magistrados, sólo hay una explicación plausible de ese borrador: que el doctor Sojo tenía convicción de la irresponsabilidad absoluta de la Compañía, pero no tenía fuerzas bastantes para hablar con franqueza á sus clientes.

Qué valor tienen, pues, las cartas del señor Stacey? Ninguno.

Voy á terminar, señores Magistrados, y no quiero hacerlo sin compendiaros la historia del correo de Mayo de 1886, á efecto que juzguéis con más acierto, porque si las leyes son completamente favorables á la Compañía, no lo es menos la moral, que cobija ampliamente su conducta.

El 13 de Mayo despachó el Administrador de Hacienda nacional de Medellín el correo de encomiendas del Atlántico, á cargo del Mensajero Félix Mejía, entregándole veintiséis cajas cerradas y un bulto. Consta en el pasaporte que aquel empleado le dió al Mensajero, que, de las cajas, *cuatro eran para Puerto Berrío, veintidós para Barranquilla* y el bulto para Magangué.

Félix Mejía salió de Medellín y llegó á Santo Domingo, donde se quedó, y sin formalidad alguna le entregó el correo á Ramón Mejía O., que, como se ha visto, no era Mensajero. Con este motivo, aquél informó por medio de una carta, fecha 15 de Mayo, al Administrador de Correos, de que "por haberle sido imposible continuar viaje á Barranquilla..... había resuelto recomendar á su primo Ramón Mejía, para que, bajo su responsabilidad, lo desempeñara (F. 40, cuad. 8.º)."

El 20 de Mayo llegó Ramón á Puerto Berrío, consignó en la Administración subalterna de Hacienda las cuatro cajas que para allí llevaba con destino á Bogotá, por lo cual le puso éste el cumplido en la respectiva planilla (F. 18 y 19, cuad. 8.º), y permaneció con la carga restante á su exclusivo cuidado hasta el 27, fecha en que el *Cartagena* arrimó á aquel lugar.

En el mismo día hizo entrega en tierra Ramón Mejía al Contador, pero en globo, como lo indican las palabras de que éste se sirvió; es decir, no se verificaron los números de las cajas, pues en cuanto á las marcas, el peso y valor de ellas, habría sido imposible, porque el pasaporte de Medellín no los expresaba (F. 17, cuad. 8.º).

Innecesario es decir que embarcadas las cajas, ninguna formalidad llenó su conductor, ni las prescritas por el contrato (artículo 4.º) ni siquiera la estatuida por el Código Marítimo en su artículo 244, de presentar al Capitán los conocimientos de carga para que se los firmara y cancelara así el recibo del pasaporte (artículo 256).

Durante el viaje, una guardia nocturna, como antes dije, cuidaba de los intereses embarcados. Mejía y un Mensajero que conducía el correo de esta capital, hicieron también esa guardia.

En Magangué dejó Mejía el bulto anotado en el pasaporte; en Calamar no dejó nada.

El 30 llegó el *Cartagena* á Barranquilla y faltó una caja; así lo hizo constar el Oficial de Encomiendas de la Agencia Postal en el pasaporte, cuando Mejía le entregó las otras cajas. Los Capitanes no se entienden con las Agencias con respecto á este correo.

Abiertas las cajas, se supo cuáles encomiendas faltaban; y con fecha 3 de Junio dijo el Agente Postal al Sr. Secretario de Gobierno lo siguiente:

“ Debo informar á S. S. que *aunque el Mensajero (¿?) señor Ramón Mejía O. dice que la caja que falta es la número 15, él se refiere al número puesto sobre las cajas de madera, las cuales vienen forradas, y que los números puestos en los forros no estaban en absoluta correspondencia con las cajas, lo cual es irregular é inconveniente.*

“ El número 15 del forro exterior vino, pero cubría la caja número 12, y hubo otras cajas en el mismo caso; el número del forro exterior que resultó faltar fue el número 13.

“ También debo informar á S. S. que *en la planilla no vino el peso bruto de cada caja, dato esencial para saber antes de abrir los bultos si en el tránsito se ha sustraído ó cambiado en parte ó el todo de su contenido (F. 48, cuad. 3.º).*”

El Administrador de Correos de Medellín, refiriéndose á la anterior nota dice, entre otras cosas, al Secretario de Gobierno, con fecha 19 de Junio, lo que sigue:

“ En la remesa de Mayo, y cuando ya estaban empaquetadas las encomiendas en las cajas de madera, SE OBSERVÓ á última hora, SEGÚN ME INFORMAN el que funcionó entonces como Oficial de Encomiendas y el Contratista de la remesa hasta Puerto Berrío, QUE SE CONVINO en separar dos cajas del envío á Barranquilla para encaminarlas á Cartagena, debiéndolas dejar éstas el Mensajero en Calamar, y *que ésta pudo ser la causa de la divergencia entre el número (15) marcado en la madera y el (13) que se puso en el forro de costal. Ya estaba hecha la planilla de empaque por el Mensajero Mejía, cuando se señaló con el número 13 en el forro la caja que en la planilla figuraba con el número 15.*” “ Yo siempre he entregado pesadas, caja por caja, al Mensajero y al Contratista reunidos, las remesas de encomiendas, y en mi poder existe el recibo que me dieron los expresados empleados no sólo por

el peso y valor en gramos de la caja perdida, sino de todas las demás. Esa operación es de necesidad..... para pagar al Contratista la cuenta de conducción de la remesa, pues conforme al contrato debo pagarle nueve pesos (\$ 9) por cada 120 kilos de peso. El de la caja perdida fue, según consta en esta oficina, de gramos 55,780."

La anterior explicación no satisface, y es muy inexacta en todo lo sustancial. Veámoslo :

1.º El cambio de número no debió provenir de que se conviniera en separar dos de las cajas que iban para Barranquilla con el objeto de enviarlas á Cartagena; porque, en primer lugar, la dirección de las encomiendas no la puede variar sino el consignante, de modo que si el consignatario de ellas está en Barranquilla, allá deben ser remesadas y no á Cartagena; en segundo lugar, en el pasaporte ó planilla no estaban anotadas las dos cajas, pero ni una, para Cartagena; y en tercero Ramón Mejía no dejó cosa alguna en Calamar. Por lo demás, no es razón para cambiar los números el que dos cajas que debían seguir para un lugar, se remesen á otro.

2.º Es un error decir que la caja perdida pesaba 55,780 gramos, porque esos eran los que pesaban netamente las doce barras que ella debía contener (F. 12, cuad. 1.º), así :

Las dos pertenecientes al Banco del Progreso...	32,056
Las diez de Restrepo é Hijos.....	23,724
	<hr/>
	grs. 55,780

Algunos gramos y aun kilogramos debía pesar la caja que, con su forro, contuvo tántos miles de gramos.

3.º Realmente están relacionadas en una planillita de envío, siete barritas de oro destinadas para Cartagena; pero lo más seguro es que el conductor las llevó á la mano, pues, repito, caja con encomiendas para dicho puerto no entró al buque.

Qué originaba tanta irregularidad ?

Resulta de lo expuesto : que un Mensajero sacó el correo de Medellín y un particular lo condujo de Santo Domingo á Barranquilla y Cartagena; que faltó una caja, á la cual no le correspondía el número que rezaba el pasaporte, sino otro; que la Oficina de correos de Medellín no ha podido dar la razón de ese cambio; y que hubo encomiendas que no viajaron como tales.

Pero no es esto únicamente. La Administración de Correos aludida remite á la general radicada en esta capital ó á la entonces Secretaría de Gobierno copia del pasaporte extendido á Félix Mejía y de la parte de la planilla de empaque correspon-

diente á la caja perdida ; y en la primera aparece distinguida ésta solamente, habiendo otras en el mismo caso, de este modo :

<i>Cajas.</i>	<i>Números.</i>	<i>Barras.</i>	
1	15	12	(A esta caja se le puso el número 13 sobre el forro de costal después de firmada esta planilla).

Y en la segunda se la distingue así :

“Caja número 15 (á la cual se le puso el número 13 sobre el forro de costal) doce barras de oro, con el peso de gramos..... 55,780.”

Ambos documentos se encuentran en el tercer cuaderno de las demandas, á las fojas 110 y 111.

La misma Administración de Medellín dió á Restrepo é Hijos una copia de la factura ó planilla de empaque, igual á la anterior (Foja 8 vuelta del primer legajo).

Pero solicita la Compañía del Dique copias íntegras del pasaporte y de la factura de empaque, y la distinción de la caja por el número del forro, la especie de su contenido y su peso total, desaparecen. Uno y otro documento dicen esto :

<i>Cajas.</i>	<i>Números.</i>	<i>Barras.</i>
1	15	12

A fojas 17 y 42 del 8.º cuaderno corren estos documentos. Corrobora lo anterior la copia de fojas 40 del 8.º cuaderno.

Qué objeto tuvieron aquellas suplantaciones? Qué fin se propuso su autor, quienquiera que él sea?

Hay más todavía. A la nota de 19 de Junio, dirigida por el Administrador de Correos de Medellín al Secretario de Gobierno, recayó el 12 de Julio esta resolución :

“Se le pidió al señor Jefe Civil y Militar de Antioquia que promoviera lo conveniente en el esclarecimiento del robo de la encomienda y sobre todo en el cambio de Mensajero *sin autorización* del Poder Ejecutivo.”

En esas ocasiones todo estaba regularmente hecho: las planillas, como se ha visto; el Mensajero, siempre el mismo; la numeración, idéntica en la madera y en el forro; el contenido, bien claro; el peso, debidamente expresado. Lo único sujeto á observación fue la entrega del correo de Enero al Contador; pero, señores Magistrados, en esas ocasiones no hubo novedad, nada se perdió, el correo llegó completo á su destino.

Pero en Mayo todo estaba mal hecho: las planillas, deficientes y oscuras; un Mensajero recibió el correo, y un particular terminó el viaje; los números, trastornados; el contenido, expresado abstractamente; el peso, omitido; y encomiendas llevadas á la mano. La entrega se hace al Contador en tierra y se pierde una caja; y en seguida se verifica toda la serie de inexactitudes que quedan relatadas, las suplantaciones comprobadas y aun el extravío de una nota importante.

Yo no soy denunciante ni acusador; defiendiendo simplemente los intereses de una Compañía respetable, que tiene derecho á la protección de la ley y al amparo de la justicia; que, á no concurrir circunstancias tan extrañas que vician el despacho y la conducción del correo de Mayo de 1886 y entrañan un fundamento de gravísima presunción de que la caja perdida en el Río Magdalena no era la que salió de Medellín con las barras de oro, acaso habría prescindido de las razones legales que la favorecen, y, sin esperar las consecuencias de un juicio, habría aceptado el enorme sacrificio de pagar la suma que se le cobra. Pero, decidme, señores Magistrados, ¿qué había de hacer la Compañía que represento si, á la falta de una obligación constituida en forma, se agrega un cúmulo de cosas que más bien son delitos que meros descuidos y raras coincidencias? ¿Habría de someterse á las exigencias de los demandantes, no más que por ser ellos dueños de las barras perdidas y haberse embarcado Ramón Mejía en el *Cartagena*, como aparente Mensajero?

Y no temo que la gente sensata y honrada, después de estimar en su verdadero valor las razones legales y morales alegadas, impugne en manera alguna la conducta de la Compañía del Dique, y menos lo temo de quienesquiera que tengan conocimiento de que jamás se ha incriminado á ningún empleado de los buques-correos por extravío ó falta de encomiendas, mientras que, desgraciadamente, no merece elogios ni aplausos el servicio de las líneas postales de Medellín. Doloroso, si se quiere, es decirlo, pero es la verdad.

En Noviembre de 1885 faltó en la Agencia Postal de Barranquilla una encomienda de mil pesos remitidos de la de Medellín. La caja que los debía contener llegó sin novedad

alguna, y no obstante se perdieron : los aseguradores los pagaron, y á vosotros, señores Magistrados, os tocó declarar probada la excepción (G. J. folio 88, ed. de 1888).

En Julio de 1886, poco después del extravío de la caja de la doble numeración, faltaron en la Oficina de Encomiendas de esta capital cien pesos remitidos de Medellín, sin haber notado novedad en la caja que contenía el saco en que debió estar aquella suma, pero ni en éste tampoco. A vosotros, señores Magistrados, os correspondió declarar probada la excepción de condición no cumplida alegada por el ejecutado (G. J., folio 109, ed. de 1888).

En Agosto siguiente llegó otro correo de encomiendas de Medellín á Barranquilla ; el Mensajero, antes de entregar, manifestó al Oficial que había de recibir que *desde Puerto-Berrío* había echado de menos un paquete de dinero, lo cual no me explico ; y efectivamente, faltaron siete mil ciento ochenta pesos sesenta centavos en billetes. Pero no concluyó ahí todo : en una caja marcada con el número 28 que llegó en el mejor estado y que debía contener nueve barras, cinco de oro y cuatro de plata, sólo resultaron ocho, pues faltó una de las primeras, que estaba asegurada en cuatrocientas setenta y ocho libras esterlinas. ¿ Y sabéis quién fue el principal ó único responsable de esas sustracciones ? El mismo Oficial de Encomiendas de la Agencia Postal de Medellín.

Y en años pasados no fue más recomendable el servicio postal de la línea á que me contraigo. Si mal no recuerdo, un correo de encomiendas salió íntegramente defraudado de la mencionada ciudad, y creo que de la misma oficina del despacho.

El señor doctor Aníbal Galindo que me escucha, puede ayudarme con sus reminiscencias ; él, si no me equivoco, prestó grandes servicios á la justicia cuando se verificó este último escandaloso fraude, pues á la sazón colaboraba con lucimiento en un puesto de la Secretaría de Hacienda de la República. Y qué coincidencia ! hoy ejerce el doctor Galindo un ministerio que no se conforma con sus funciones de entonces ; pero que, no lo dudo, desempeña de buena fe, con la sinceridad honrada de sus convicciones y sin haber conocido bien tantos incidentes que imponen la confirmación de las sentencias que han originado este recurso.

He concluído, señores Magistrados. Confío, nó en mis esfuerzos, sino en la causa que defiendo y en vuestra conocida justificación. Espero que, teniendo como siempre á la Ley por invariable norma y á la Justicia por imparcial y severa consejera, vuestro fallo será el definitivo sello que ha de resguardar el derecho de la Compañía del Dique y restablecer y hacer perdurable el imperio de la moral en un servicio tan importante como el de los correos, á efecto que la confianza pública jamás le niegue su apoyo, que le es muy necesario para su conservación.

Tengo convicción sincera, fe profunda en que el criterio de la ley y vuestro particular criterio os conducirán como de la mano á la conclusión de que es infundado el recurso de casación opuesto á la ejecutoria del recto fallo del Tribunal Superior de Bolívar, para lo cual contaréis en mucho con las concesiones que en este debate ha hecho el representante de los recurrentes; y si por razones jurídicas, que á mi penetración se escapan, hubiéreis de conocer del litigio en el fondo, no dudo que vuestra decisión será confirmatoria de la de los sabios y virtuosos varones que conocieron del juicio en su segunda instancia. En uno ú otro caso, os cumple, señores, con vuestra acrisolada experiencia y el tesoro de vuestra ciencia ampliar el hermoso horizonte que la justicia y la moral aunadas han trazado al derecho de la Compañía del Dique.

Bogotá, 25 de Septiembre de 1889.

F. DE P. MANOTAS.

EXPLICACION.

Este alegato es común á las demandas de Vengoechea & C^a y el Banco del Progreso contra la Compañía del Dique por dos barras de oro. Pero el fundamento de la prescripción de acción alegada en ambos, no es el mismo; pues en las demandas aludidas consiste en que las dos barras, como carga, debieron ser reclamadas dentro del año siguiente á la llegada del vapor *Cartagena* á Barranquilla, y no lo fueron sino mucho después.

Algunas erratas tiene el alegato. A fojas 60 dice: "contando, pesando ó recibiendo las mercaderías," y debe leerse: "contando, pesando ó midiendo las mercaderías."

A fojas 55, líneas 8^a á 10^a, debe leerse así: "y la de *novación* para la segunda cuando por delegación queda libre el primitivo deudor, ó el acreedor lo da por tal, aceptando uno nuevo, aunque no sea delegado."

Las demás erratas puede anotarlas el lector.

EXPIACION.

Este alegato es común a las demandas de Venue-
cha & O. y el Banco del Comercio contra la Compa-
ñía del Dique por los daños de oro. Pero el funda-
mento de la petición de rescisión alegada en ambas
no es el mismo; pues en las demandas aludidas con-
siste en que las partes, como en un contrato, se
reclamaban dentro del año siguiente a la llegada del
vapor (conveniente a la demora) y no lo fueron sino
mucho después.
Algunas citas tiene el alegato. A fojas 60 dice:
"contando, pesando & recibiendo las mercancías," y
debe leerse: "contando, pesando & midiendo las mer-
caderías."

A fojas 65, líneas 32 & 107, debe leerse así: "y la
de comercio para la segunda cuando por delación
tal, aceptando uno nuevo, aunque no sea delgado."
Las demás citas pueden anotarse el lector.

BIBLIOTECA

Universidad EAFIT



100063261