



Asamblea General

Distr. limitada
6 de febrero de 2002
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte)
Noveno período de sesiones
Nueva York, 15 a 26 de abril de 2002

Derecho del Transporte

Anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías

Nota de la Secretaría

Los días 30 de enero y 5 de febrero de 2002, la Secretaría recibió las observaciones presentadas por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, respectivamente. Esas observaciones se han reproducido en los anexos en la forma en que fueron recibidas por la Secretaría.

Índice

	<i>Página</i>
Anexo I.....	2
Introducción	2
Observaciones	3
Conclusiones	7
Anexo II.....	9
Introducción	9
Observaciones generales.....	9
Comentario de determinadas disposiciones	12



Anexo I

Comisión Económica para Europa (CEPE) de las Naciones Unidas

Observaciones al proyecto de instrumento de la CNUDMI sobre derecho del transporte¹

Preparado por la secretaría de la CEPE

I. Introducción

1. El presente documento consta de tres partes: unas observaciones preliminares en las que se explica brevemente la labor de la CEPE en la esfera del transporte multimodal; la parte II en la que se hace un resumen de las observaciones de la secretaría de la CEPE al proyecto de Instrumento presentado por la secretaría de la CNUDMI sobre el derecho del transporte; y la parte III en la que se presentan algunas conclusiones generales.

2. Las observaciones fueron preparadas a instancia de la secretaría de la CNUDMI y para ser incluidas en el documento de antecedentes que será presentado por la secretaría al Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre Derecho del Transporte, en su próximo período de sesiones (15 a 26 de abril de 2002) en Nueva York.

3. La CEPE administra unas cincuenta convenciones y acuerdos internacionales en la esfera del transporte, tales como el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), el Convenio internacional para facilitar el paso de fronteras a mercaderías transportadas por ferrocarril, etc. La CEPE ha copatrocinado también la Convención de Budapest relativa la contrato de transporte de mercaderías por vías de navegación interior, junto con la Comisión Central para la Navegación del Rin y la Comisión del Danubio. En 1998, los gobiernos de sus Estados miembros (todos los Estados de Europa y de Asia central, Canadá, Israel y los Estados Unidos de América) encargaron a la CEPE que estudiara las posibilidades de conciliar y armonizar los diversos regímenes en materia de responsabilidad civil aplicables al transporte multimodal. En el curso del año 2000 se convocaron dos reuniones de grupos de expertos en los que participaron un gran número de expertos de la administración pública nacional de diversos países y de representantes de cargadores, transitorios, aseguradores, empresas multinacionales, fabricantes, y empresas de transporte marítimo, por carretera, por ferrocarril y combinado. A resultas de esas reuniones se definieron dos claras tendencias: un amplio consenso sobre el principio de que se trabajara hacia el logro de un régimen mas transparente, armónico y eficiente en función de su costo del transporte multimodal, pero no hubo acuerdo sobre el camino a seguir para el logro de ese objetivo, y ni siquiera sobre si sería posible lograrlo mediante una nueva convención o por algún otro medio. Los expertos que acudieron en representación

¹ Anexo del documento "Derecho del Transporte: Anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías, Nota de la Secretaría", A/CN.9/WG.III/WP.21, 8 de enero de 2002, págs. 9 y sigs. El proyecto de instrumento ha sido preparado por el Comité Marítimo Internacional (CMI).

de empresas navieras, así como de transitorios y compañías de seguros no se mostraron en general favorables a la preparación de un régimen jurídico internacional de carácter imperativo sobre la responsabilidad civil aplicable a las operaciones de transporte multimodal. Sin embargo, los expertos procedentes de empresas de transporte por ferrocarril o por carretera, así como del transporte combinado, y los clientes de servicios de transporte y los cargados estimaron que era urgente trabajar hacia la armonización de los regímenes actuales de la responsabilidad y que se necesitaba un único régimen internacional de la responsabilidad civil para las operaciones del transporte multimodal.

4. En conversaciones recientes entre las secretarías de la CEPE, de la UNCTAD y de la CNUDMI se convino en la conveniencia y viabilidad de preparar un nuevo instrumento jurídico internacional que abarcara todas las cuestiones que podían suscitarse en la práctica, con la participación activa y aportaciones sustantivas de estas tres entidades de las Naciones Unidas, así como en colaboración con otras entidades interesadas de las Naciones Unidas y con la participación de entidades no gubernamentales interesadas y de agrupaciones profesionales.

II. Observaciones

a) Mandato otorgado

5. El punto de partida de la labor de la CNUDMI sobre un proyecto de Instrumento para el derecho del transporte² se encuentra en las deliberaciones abiertas sobre la futura labor en la esfera del comercio electrónico a raíz de la aprobación en 1996 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI, en el 29º período de sesiones de la Comisión. En ese período de sesiones se examinó la propuesta de incluir en el programa de trabajo de la CNUDMI el examen de “las leyes y prácticas actualmente observadas en la esfera del transporte internacional de mercancías por mar, con miras a determinar la necesidad de un régimen uniforme en lugares donde no existiera dicho régimen y con miras a uniformarlo”³.

6. Durante ese período de sesiones se dijo que “el principal objetivo de la labor sugerida no era el de examinar el *régimen de la responsabilidad* sino la necesidad de dar soluciones modernas a cuestiones inadecuadamente resueltas o no resueltas en absoluto por los tratados en vigor”⁴.

7. La Comisión decidió que la Secretaría de la CNUDMI “sirviera como centro de coordinación para reunir información, ideas y opiniones sobre los problemas planteados en la práctica y sus posibles soluciones. Esa labor recolectora debería ser lo mas amplia posible, participando en ella no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones internacionales que actúan en representación de *los sectores comerciales que intervienen en el transporte marítimo de mercancías*”⁵. El CMI hizo saber, en el 35º período de sesiones de la Comisión en 1998, que agradecía la invitación de cooperar con la secretaría en la labor de recabar el parecer

² Designado también en adelante por el simple término de “Instrumento”.

³ Documento A/CN.9/497 de la CNUDMI “Posible labor futura sobre el derecho del transporte”: Informe del Secretario General, párrs. 1 y 2.

⁴ *Ibíd.*, párr.5, con cierto énfasis añadido.

⁵ *Ibíd.*, párr.6, con cierto énfasis añadido.

de los sectores involucrados en el transporte internacional de mercancías y de preparar un análisis de esa información⁶.

8. En su 34º período de sesiones, la Comisión decidió establecer un grupo de trabajo para que examinara cuestiones que se prestaran a ser objeto de su futura labor en el campo del derecho del transporte. Respecto del mandato que había de darse a ese grupo, la Comisión decidió encomendarle inicialmente el examen del régimen de las operaciones de transporte de puerto a puerto (con particular referencia al régimen de la responsabilidad), aun cuando dicho grupo podría estudiar también la conveniencia y viabilidad de extender dicho régimen a las operaciones de transporte de puerta a puerta. Según cuál fuera el resultado de esos estudios, el grupo de trabajo podría recomendar a la Comisión que le ampliara su mandato. La Comisión convino asimismo en que esa labor se llevaría a cabo en estrecha colaboración con otras organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales internacionales interesadas en este campo⁷.

9. Es decir, el mandato otorgado es para la revisión del derecho marítimo y está circunscrito a las operaciones de transporte de puerto a puerto. Ello explica que la Secretaría haya recabado la colaboración de entidades interesadas por uno u otro concepto en el transporte marítimo.

10. La secretaría de la CEPE se felicita de la iniciativa de la CNUDMI por armonizar y modernizar el derecho del transporte por mar. Respecto del estudio de la conveniencia y viabilidad de ocuparse de operaciones de transporte de puerta a puerta, la secretaría de la CEPE hace suya la recomendación de la Comisión de que esa labor se lleve a cabo en estrecha colaboración con todos los interesados y está dispuesta a participar activamente en ella.

b) *Ámbito de aplicación del Instrumento*

11. El Instrumento se denomina proyecto de Instrumento sobre el derecho del transporte. Conforme indica su título, este documento no se ocupa de cuestiones de transporte marítimo como tal. A tenor de su ámbito de aplicación (capítulo 3) y de su definición del contrato de transporte (artículo 1.5), el Instrumento será aplicable siempre que un tramo del transporte se efectúe por mar. Se suscitó la cuestión de la importancia relativa de las demás modalidades de transporte respecto del tramo

⁶ *Ibíd.*, párr.7. El CMI estableció un Grupo de Trabajo (mayo de 1998) y un Subcomité Internacional (noviembre de 1999) para examinar cuáles eran las esferas del derecho del transporte, no sujetas de momento a un régimen internacional de la responsabilidad, a las que cabría dotar de una mayor uniformidad internacional, y para esbozar un instrumento que sirviera para impartir una mayor uniformidad en este campo, y formular subsiguientemente ciertos proyectos de disposición para su incorporación al instrumento propuesto, particularmente en lo relativo al régimen de la responsabilidad. En septiembre de 2000, el Consejo Ejecutivo del CMI confirmó que el mandato otorgado al Subcomité Internacional se extendía al examen de la posibilidad de que el instrumento preparado se aplicara también a otras formas de transporte relacionadas con el transporte por mar. La conferencia del CMI de Singapur, celebrada en febrero de 2001, examinó el esbozo de Instrumento presentado y concluyó que convendría preparar un Instrumento aplicable al transporte multimodal.

⁷ Documento de la CNUDMI A/CN.9/WG.III/WP.21 de 8 de enero de 2002 “Derecho del transporte: anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías”, párr. 23, pág. 8.

marítimo, pero se decidió finalmente que el Instrumento “fuera aplicable a todo el recorrido de la operación de transporte con independencia de si el desplazamiento por tierra era de índole subsidiaria al desplazamiento por mar, con tal de que la operación incluyera alguna etapa de transporte por mar”⁸.

12. El Instrumento trasciende del ámbito del transporte por mar y de las cuestiones del transporte de puerto a puerto, al ocuparse de cuestiones propias del transporte de puerta a puerta.

c) El transporte de puerta a puerta y el sistema de interconexión

13. La extensión del régimen de la responsabilidad del transporte puerto a puerto de las Reglas de Hamburgo, o de carga a descarga de las Reglas de La Haya-Visby, al transporte de puerta a puerta responde a las nuevas condiciones del transporte de mercancías en contenedores. Según el artículo 4.2.1 del Instrumento, los límites de la responsabilidad que, de conformidad con las notas explicativas del artículo 6.7, se inspirarán en lo que disponen al respecto las Reglas de La Haya-Visby, serán aplicables a todo supuesto de daño ocurrido en un segmento no localizado o no ubicado del trayecto recorrido. Esto significa que tal vez se extienda un régimen de la responsabilidad pensado para el transporte marítimo a otras modalidades de transporte, tales como el transporte por carretera, por ferrocarril y por vías de navegación interna. Dicho planteamiento parece, no obstante, cuestionable por no haber tenido en cuenta el Instrumento el punto de vista de las partes interesadas en otras modalidades del transporte distintas del transporte por mar, así como el punto de vista de los expedidores o cargadores, que en última instancia son los que crean la demanda de transporte. Por el contrario, el Instrumento refleja únicamente el punto de vista de entidades comerciales relacionadas con el transporte marítimo.

14. De conformidad con las observaciones formuladas al artículo 4.2.1 del Instrumento se ha de añadir la forma de acomodar el régimen de este Instrumento con el de los convenios aplicables al transporte por vías interiores o terrestres. Este artículo prevé un sistema de interconexión lo menor posible entre dichos regímenes. El régimen del Instrumento dejará de aplicarse únicamente si algún otro convenio, que sea de rango imperativo para el transporte interior, es aplicable para el tramo interior de un contrato de transporte marítimo, y si es evidente que la pérdida o daño ocurrió únicamente en el curso del tramo interior del transporte⁹.

15. La amplitud del ámbito de aplicación del Instrumento puede crear conflictos con otros convenios referentes a una sola modalidad de transporte que aborden cuestiones de transporte multimodal combinado, así como en algunos supuestos restrictivamente definidos. Un ejemplo sería el de un camión que transporta mercancías por tierra que haya de ser transportado por mar durante algún segmento de su recorrido total (por ejemplo de Francia al Reino Unido) y que al descargarse las mercancías no sea posible determinar el lugar donde fueron dañadas. En ese supuesto sería probablemente aplicable el régimen del Instrumento como el del CMR. El artículo 2 del CMR dice que su régimen se aplica en ese supuesto a todo el

⁸ Documento del CMI “*Singapore I - Door-to-door transport*”, párrafo 3.2 en <http://www.comitemaritime.org/singapore/issue-door.html>, concierto énfasis añadido.

⁹ Documento de la CNUDMI A/CN.9/WG.III/WP.21 de 8 de enero de 2002 “Derecho del transporte - Anteproyecto de instrumento sobre el transporte marítimo de mercancías”, párr. 49, página 21.

trayecto y el capítulo 4 del Instrumento dispone que su régimen será imperativamente aplicable siempre que no sea posible probar dónde ocurrió el daño o la pérdida¹⁰. Convendría evitar conflictos de esta índole entre dos o más instrumentos.

16. Es ciertamente necesario explorar posibles vías de armonización del régimen de la responsabilidad aplicable al transporte por mar, por una parte, y al transporte por tierra, por otra. Pese a que seguirán siendo necesarias ciertas reglas relativas a la ley aplicable al transporte multimodal, convendría examinar también las diversas soluciones actualmente existentes en el derecho interno. Por ejemplo, en los Países Bajos, de ocurrir un daño no localizado en una operación de transporte multimodal sería aplicable el régimen que sea más favorable para el consignador o expedidor. Por el contrario, en Alemania sería aplicable a ese mismo supuesto un único régimen inspirado básicamente en el del CMR. Ahora bien, se han previsto ciertas reglas especiales para la notificación de la pérdida, del daño o de la demora y respecto del plazo de prescripción.

17. El transporte multimodal y el transporte multimodal por contenedor (denominado intermodal) conllevan a menudo un tramo marítimo, aun cuando, particularmente en Europa, el transporte multimodal conlleva más a menudo medios de transporte únicamente interiores (denominado a menudo transporte combinado). El subcomité del CMI descubrió que aunque se sigue utilizando el conocimiento de embarque, especialmente si se necesita un documento negociable, el transporte efectivo por mar supone a veces un tramo relativamente breve del transporte internacional de mercancías¹¹. Convendría también evaluar a la importancia relativa del tramo marítimo en el transporte intermodal. Según el parecer de la secretaría de la CEPE, si se piensa en otorgar un mandato claro para la preparación de un convenio para el transporte multimodal, conviene no olvidar la creciente integración de las diversas modalidades de transporte en la cadena logística internacional, que hace necesario que el nuevo régimen sea aplicable a todas las combinaciones posibles de transporte, por lo que no cabe restringirlo a la presencia en esa combinación de un tramo marítimo. Es asimismo indispensable que se consulte a los representantes de todos los interesados en el transporte multimodal, así como de los expedidores o cargadores y demás partes interesadas, a fin de que puedan participar en la preparación de dicho instrumento.

18. Según el artículo 6.3.1 del Instrumento, la responsabilidad recae sobre la “parte ejecutante”, es decir, sobre aquellos que cumplen las obligaciones contractuales “básicas” del porteador estipuladas en el contrato de transporte. Cuando la responsabilidad de la parte ejecutante sea invocada directamente por algún demandante que actúe en nombre de los propietarios de la carga, ello significa que ese demandante ha conseguido determinar el lugar donde ha ocurrido la pérdida o el daño. En ese supuesto, si la parte ejecutante llevó a cabo el transporte anterior o subsiguiente al tramo marítimo, según el artículo 4.2.1 del Instrumento, quedará sujeto, en virtud del sistema de interconexión, a otro régimen jurídico de carácter imperativo. ¿Significa eso que en este supuesto serían aplicables las excepciones previstas en el artículo 6.3.3 (incorporadas asimismo en 6.3.1 a))?

¹⁰ Ver las observaciones al capítulo 4 del Instrumento.

¹¹ Documento de la CNUDMI (A/CN.9/497, párr. 13).

d) Responsabilidad del porteador o transportista

19. Si se ha previsto que algún futuro instrumento sea aplicable a otras modalidades de transporte distintas del transporte marítimo, será preciso efectuar un análisis comparativo de sus respectivos regímenes de responsabilidad. En la mayoría de los instrumentos unimodales, como el CMR, su régimen de la responsabilidad es de carácter imperativo. El Instrumento prevé, no obstante, ciertos supuestos de autonomía contractual al respecto. Uno es el del artículo 4.3 (contratos combinados de transporte y tránsito que da al transportista la posibilidad de actuar como agente respecto de algún sector especificado del transporte de mercancías, limitando de ese modo su responsabilidad a su deber de obrar con la diligencia debida al seleccionar y dar instrucciones al otro transportista. Otro sería el del artículo 4.1.2, que, al permitirle definir contractualmente el período de su responsabilidad, otorga al porteador un derecho a restringir su responsabilidad (artículos 5.2.1 y 6.1.1). Nada parecido aparece en convenios como el CMR o el COTIF.

20. Las excepciones del porteador están redactadas de cara únicamente al transporte marítimo. Ello puede verse especialmente en los artículos 6.1.2 y 6.1.3 del Instrumento. La secretaría de la CEPE es del parecer que al empezar a preparar un instrumento para el transporte de puerta a puerta, deberá prestarse atención a las excepciones otorgadas por otros convenios de transporte unimodal.

III. Conclusiones

21. Si se trata de buscar soluciones para la cuestión de la responsabilidad civil en el marco del transporte multimodal, la secretaría de la CEPE cree firmemente que la futura labor al respecto deberá evitar estar basada en las necesidades propias de alguna modalidad de transporte particular. Será, por ello, necesario consultar a todos los interesados e invitarles a participar en la preparación de dicho instrumento.

22. La secretaría de la CEPE juzga importante conciliar, a largo plazo, el régimen de la responsabilidad civil para el transporte multimodal en una única reglamentación, lo que eliminaría la actual incertidumbre jurídica y la búsqueda por las partes del régimen más favorable. Por consiguiente, se ha de evitar crear diversos regímenes de transporte multimodal que tal vez sean simultáneamente aplicables. Dada la situación especial del derecho marítimo, la secretaría de la CEPE opina que la CNUDMI ha dado un paso importante hacia la revisión y modernización del derecho aplicable al transporte marítimo internacional de mercancías. En este contexto, son notables las contribuciones efectuadas por el CMI.

23. La secretaría de la CEPE opina que, en la etapa actual, la Comisión debe centrar sus esfuerzos en soluciones puerto a puerto. Las soluciones puerta a puerta requieren aún ulterior estudio y consulta. El Instrumento en su forma actual no resulta adecuado al transporte multimodal, al no haberse considerado todos los factores requeridos, algunos de los cuales se han descrito anteriormente.

24. La secretaría de la CEPE sugiere por ello que la CNUDMI, en la próxima reunión del Grupo de Trabajo sobre Derecho de Transporte (15 a 26 de abril de 2002), examine el transporte de puerta a puerta y de puerto a puerto por separado.

25. La secretaría de la CEPE ha sugerido organizar una reunión global conjunta CNUDMI-UNCTAD-CEPE para escuchar a todos los sectores industriales y demás partes interesadas en el transporte multimodal, lo que ayudaría a determinar la conveniencia y viabilidad de un nuevo instrumento internacional sobre contratos de transporte multimodal, con particular referencia a su régimen de la responsabilidad.

Anexo II

Proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte Observaciones presentadas por la secretaría de la UNCTAD

Introducción

1. Al definir el mandato del Grupo de Trabajo, la Comisión en su 34º período de sesiones dispuso expresamente que ... “las deliberaciones del Grupo de Trabajo abarcaran en un principio las operaciones de transporte de puerto a puerto; no obstante, el grupo de trabajo tendría libertad para estudiar si sería conveniente y viable ocuparse también de las operaciones de transporte puerta a puerta, o de determinados aspectos de esas operaciones y, según los resultados de esos estudios, recomendar a la Comisión una ampliación apropiada del mandato del Grupo de Trabajo Se convino asimismo en que la labor se llevase a cabo en estrecha colaboración con organizaciones intergubernamentales interesadas que se ocupaban del derecho del transporte (como la UNCTAD, la CEPE ...)¹.

2. La labor de la UNCTAD en el campo del derecho del transporte, incluido tanto el transporte marítimo como multimodal, remonta a comienzos del decenio de 1970. Entre las esferas abordadas cabe señalar: la labor preparatoria inicial relativa a las Reglas de Hamburgo²; la preparación y aprobación (bajo los auspicios de la UNCTAD) del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, de 1980; la preparación, juntamente con la Cámara de Comercio Internacional, de las Reglas de la UNCTAD/CCI aplicables a los documentos relativos al transporte multimodal; un análisis de la aplicación de las reglas aplicables al transporte multimodal³ a raíz de una solicitud emanada de la Conferencia Ministerial de la UNCTAD (celebrada en Bangkok en febrero de 2000). Más recientemente se convocó una reunión especial de expertos sobre transporte multimodal (noviembre de 2001), y a raíz de sus recomendaciones, la secretaría tiene la intención de estudiar la viabilidad de establecer un nuevo convenio internacional sobre el transporte multimodal que goce de amplia aceptación. Los resultados de ese estudio serán puestos a disposición del Grupo de Trabajo en la confianza de que le sean útiles a la hora de adoptar su propia decisión.

3. A la luz de estos antecedentes, se presenta este comentario sobre el proyecto de Instrumento a la consideración del Grupo de Trabajo. Se hacen además algunas observaciones generales en las que se dan a conocer graves inquietudes y se hacen observaciones sobre determinadas disposiciones. Por falta de tiempo y de espacio, estas observaciones son de índole preliminar.

Observaciones generales

4. El proyecto de Instrumento reproducido como anexo del documento A/CN.9/WG.III/WP.21 se denomina “Proyecto de Instrumento sobre el derecho del transporte”. Se ocupa, en gran medida, de asuntos ya cubiertos por regímenes de la

¹ *Documentos oficiales de la Asamblea General*; Suplemento N° 17, A/56/17, párr. 345.

² Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978.

³ Véase el documento UNCTAD/SDTE/TLB/2 y Add.1.

responsabilidad de rango imperativo relativos al transporte de mercancías por mar, principalmente por las Reglas de La Haya-Visby⁴ y las Reglas de Hamburgo. El proyecto de Instrumento contiene asimismo diversos capítulos que se ocupan de asuntos que actualmente no son objeto de normas de derecho internacional uniforme, tales como el flete, y la transferencia de derechos y el derecho de demanda judicial. Convendría prestar particular atención a algunos aspectos del proyecto de Instrumento que suscitan particular inquietud:

Ámbito de aplicación sustantiva

5. Pese a que el mandato actual del Grupo de Trabajo no va más allá del examen del transporte puerto a puerto, el proyecto de Instrumento contiene disposiciones que serían aplicables al transporte de puerta a puerta (ver también el título: “Proyecto de Instrumento sobre el derecho del transporte”). Según la definición dada en el artículo 1.5 del proyecto de Instrumento, los contratos de transporte multimodal que conlleven un tramo por mar quedarán cubiertos por el régimen propuesto. Ello suscita inquietud al haber sido preparado el proyecto de Instrumento por representantes de intereses únicamente marítimos, es decir, el Comité Marítimo Internacional (CMI), sin haber consultado ampliamente con comerciantes que practiquen y conozcan bien otras modalidades de transporte. Como resultado su régimen se inspira esencialmente en conceptos marítimos y en el régimen marítimo de la responsabilidad, lo que pone en entredicho su idoneidad como marco legal moderno para regular contratos relativos a diversas modalidades de transporte (por ejemplo, por aire, carretera, ferrocarril o vías internas de navegación, así como por mar).

6. El actual marco regulatorio en la esfera del transporte multimodal internacional es notoriamente complejo y no existe ningún régimen uniforme de la responsabilidad que rija en el ámbito internacional. A resultas de ello, la responsabilidad está fragmentada, por lo que no puede evaluarse por adelantado⁵. Si bien sería conveniente que se preparara una reglamentación internacional uniforme de la responsabilidad, ese régimen habría de ofrecer claras ventajas sobre el existente, para tener éxito. Todo nuevo régimen que esté mal preparado o que no tenga éxito sólo agravaría la complejidad actual, sin aportar ningún provecho. El proyecto de Instrumento no parece ofrecer una solución que cumpla con estos requisitos. Sin entrar a valorar el mérito sustantivo de sus disposiciones, cabe señalar que el proyecto de Instrumento no ofrece niveles uniformes de responsabilidad para todas las etapas del transporte, sino que otorga preferencia al régimen unimodal imperativamente aplicable en todo supuesto en el que quepa atribuir la pérdida o el daño a una determinada etapa o segmento de una operación multimodal (a resultas de este enfoque “interconectado” del régimen de la responsabilidad, la determinación de las cuestiones de responsabilidad en operaciones de puerta a puerta seguiría suscitando la cuestión de cuál será el régimen aplicable en determinada jurisdicción al supuesto considerado. No parece claro cuál sería la ventaja aportada por esta solución al actual marco regulatorio. El

⁴ Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, 1924 (Reglas de La Haya), enmendado en 1968 y en 1979.

⁵ Para un examen general de la reglamentación existente véase el Informe y el cuadro comparativo sobre *Implementation of Multimodal Transport Rules*, preparado por la secretaría de la UNCTAD (UNCTAD/SDTE/TLB/2, UNCTAD/SDTE/TLB/2/Add.1).

comentario analítico del presente documento versa sobre la integridad del texto del proyecto de Instrumento presentado. Ahora bien, se sugiere eliminar de ese texto todas aquellas disposiciones que amplían el ámbito de aplicación de su régimen más allá del transporte de puerto a puerto, y que, de acuerdo con su mandato, el Grupo de Trabajo se ciña en su comentario a cuestiones que sean propias del transporte marítimo.

Régimen sustantivo de la responsabilidad

7. El régimen sustantivo de la responsabilidad presentado en el proyecto de Instrumento parece consistir en una amalgama más bien compleja del régimen de La Haya-Visby con el de las Reglas Hamburgo, junto con algunas modificaciones importantes de fondo, o de índole estructural y textual. Con ello se sacrifican, en notable medida, las ventajas dimanantes de la certeza del sentido conocido de las disposiciones de los regímenes existentes. Esto deberá tenerse presente al examinar la conveniencia de ciertas disposiciones del proyecto de Instrumento, que están inspiradas en las de regímenes existentes, pero en las que se modifica notablemente su formulación o su marco original. En su conjunto, el proyecto de Instrumento parece adoptar un nuevo criterio para la distribución de riesgos entre el porteador y los propietarios de la carga, que favorece a los porteadores. A diferencia de las reglas de La Haya-Visby y de Hamburgo, no se observan indicios de que se trate de proteger los intereses de terceros en el contrato de transporte.

Regulación de asuntos que no son actualmente objeto de ninguna norma de derecho internacional uniforme

8. Los capítulos 9 (Flete), 11 (Derecho de control), 12 (Transferencia de derechos), y 13 (Derechos de demanda judicial) se ocupan en particular de asuntos de cierta complejidad que no han sido de momento resueltos por ningún convenio internacional. El derecho interno actualmente aplicable en la materia difiere de un país a otro, por lo que no cabe prever que exista un consenso internacional al respecto. Con esos antecedentes, toda tentativa de preparar un régimen aceptable deberá hacerse con una finalidad clara y cuidadosamente estudiada y prestando la debida atención al detalle. Las disposiciones presentadas en el proyecto de Instrumento no parecen lo bastante claras y exentas de puntos contenciosos para ser incluidas en un nuevo régimen internacional. El Grupo de Trabajo tal vez desee, por ello, considerar en términos generales, si es aconsejable tratar de resolver estos asuntos en la etapa actual.

Estructura y texto del proyecto presentado

9. Tanto el texto como la estructura del proyecto de Instrumento son innecesariamente complejos y confusos. Por desgracia, se ha prestado escasa atención a la necesidad de que un régimen internacional uniforme sea fácil de entender y de aplicar. Muchas de sus disposiciones son innecesariamente complejas y se abusa en su texto de la remisión interna. Se requerirá una notable pericia legal para comprenderlas y se ha dejado en su texto amplio margen para la interpretación. La determinación de su sentido y la aplicación de sus reglas dará a menudo lugar a prolongada y costosa litigación. Su régimen se presta a notables divergencias de interpretación de un foro a otro, lo que sin duda no es deseable. La complejidad del proyecto de Instrumento, a la luz de su texto y de estructura actual, dificulta

globalmente la evaluación de su impacto eventual. Lamentablemente, resulta por ello probable que toda tentativa de enmendar el texto de una u otra de sus disposiciones suscite nuevos problemas que no sean inmediatamente evidentes. De hecho, resulta dudoso que se pueda convenir en un texto adecuado para un régimen uniforme y viable en la práctica sobre la base del proyecto de Instrumento presentado.

Comentario de determinadas disposiciones

NB: Este comentario debe leerse junto con el texto de la disposición pertinente reproducida en el documento A/CN.9/WG.III/WP.21 de la CNUDMI.

1. Definiciones

10. La estructura del capítulo en donde se definen los términos que se utilizarán en todo el texto del proyecto de Instrumento adolece de falta de coherencia. La claridad exige que las partes afectadas por el proyecto de Instrumento, así como toda referencia a ellas, sean tratadas sucesivamente. Por idéntica razón, toda definición relativa a documentos de papel y electrónicos relativos al transporte debe aparecer en el lugar oportuno y por orden sucesivo. El texto de muchas definiciones resulta a menudo complicado y se presta a incertidumbre, mientras que la finalidad de toda definición es la de aclarar el término definido. Tampoco está claro por qué ninguna de las definiciones respeta el texto establecido en convenios ya existentes.

11. **Artículo 1.1, Porteador:** Se trata de una definición restrictiva en la que no se hace referencia alguna a las partes en cuyo nombre se concierta el contrato de transporte. La conceptualización del transitorio (*freight forwarder*) no parece clara a tenor del proyecto de Instrumento, ya que esa parte quedaría al parecer englobada por la definición de porteador.

12. **Artículo 1.2, Consignatario:** Esta definición está complementada por la definición de tenedor (art. 1.12) en todo supuesto en el que se utilice un documento de transporte consignado sobre papel o sobre soporte electrónico que sea “negociable”. Esta definición remite a un documento de transporte de papel o sobre soporte electrónico y al contrato de transporte. Cabe señalar que pueden haberse emitido diversos documentos de transporte con arreglo a la definición del artículo 1.20, p. ej., por el porteador contratante y por diversas partes ejecutantes (ver la observación al artículo 1.20) en los que se designe a diversos consignatarios.

13. **Artículo 1.3, Consignador:** Esta definición está restringida a la noción de una “persona” que entrega mercancías a un porteador. No se menciona la entrega de mercancías a una parte ejecutante ni la entrega efectuada por alguien que actúe en nombre del cargador o del consignatario. La parte dispositiva del proyecto de Instrumento hace referencia expresa al consignador únicamente en su artículo 8.1, donde se le otorga el derecho de reclamar un recibo al efectuar la entrega de las mercancías a un porteador o parte ejecutante. Si el documento de transporte designa al consignador como cargador, el artículo 7.7 será aplicable, lo que haría recaer algunas de las responsabilidades del cargador sobre el consignador.

14. **Artículo 1.4, Contenedor:** La definición de contenedor es sumamente amplia por lo que se presta a incluir toda unidad de carga que se utilice para agrupar mercancías. Esa amplitud de la definición deberá ser tenida en cuenta al considerar el derecho genérico de que goza el porteador para cargar o transportar contenedores sobre cubierta (art. 6.6.1 ii)), lo que lleva aparejada una responsabilidad mucho más limitada respecto de la pérdida de dicha carga, y al considerar el derecho del porteador a condicionar su aceptación de la descripción de las mercancías (art. 8.3).

15. **Artículo 1.5, Contrato de transporte:** Se trata de una de las disposiciones de índole más básica, controvertida y problemática del proyecto de Instrumento. Esta definición pudiera ser aplicable a todo contrato para el transporte de mercancías por vías o modalidades distintas (ver igualmente el título del proyecto de Instrumento: “Proyecto de Instrumento sobre el derecho del transporte”). Normalmente, en un contrato de transporte de puerta a puerta no se indicarán todas las modalidades de transporte a utilizar. Es posible que por razones comerciales el porteador decida efectuar por mar una parte del transporte sin darlo a conocer a los propietarios de la carga. Con arreglo a la definición, un contrato de transporte multimodal quedaría sujeto al régimen del Instrumento si una parte del transporte se efectúa por mar. A resultas de ello, la mayoría de los contratos de transporte internacionales podrían quedar sujetos a un texto esencialmente basado en un régimen de la responsabilidad y conceptos propios del transporte marítimo, y que ha sido formulado al servicio de intereses básicamente marítimos (Comité Marítimo Internacional), sin consultar con los representantes de otras modalidades de transporte. El ámbito de aplicación sustantivo sugerido para el proyecto de Instrumento se extiende más allá del mandato inicialmente otorgado por la Comisión al Grupo de Trabajo⁶. Además, el proyecto de Instrumento no parece ofrecer una reglamentación coherente y adecuada del transporte multimodal (ver Observaciones Generales, *supra*). El ámbito de aplicación sustantiva del régimen actualmente examinado debe por ello ceñirse al transporte marítimo, por lo que debería enmendarse el texto del artículo 1.5 con miras a declararlo únicamente aplicable a los contratos de transporte de mercancías por mar.

16. **Artículo 1.6, Datos del contrato:** Esta definición ha de ser considerada junto con el artículo 8.2 que indica los datos del contrato que han de figurar en todo documento de transporte sobre papel o electrónico que emita el porteador o la parte ejecutante. En el artículo 7.7, el proyecto de Instrumento se refiere a la persona identificada como “cargador” en los datos del contrato, aunque no está claro que la definición del artículo 1.6 (“información referente al contrato de transporte o a las mercancías”) se preste a incluir esos datos.

17. **Artículo 1.7, Parte controladora:** No está claro por qué el derecho de control se define por separado en el artículo 1.18, que hace remisión al artículo 11.2, y por qué no se definen sucesivamente las nociones de parte controladora y de derecho de control. En aras de la claridad, toda definición del derecho de control y de parte controladora debería hacerse sucesivamente o en una única disposición.

18. **Artículo 1.9, Documento electrónico:** Toda definición de documento de transporte y de documento electrónico debe, por razones de claridad, hacerse sucesivamente, una vez que se hayan definido las partes pertinentes (ver

⁶ *Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17, A/56/17, párr. 345.*

observación al artículo 1.20). Cabe señalar que a tenor de la segunda parte del artículo 1.9, en su forma actual, toda información que inserte el porteador o la parte ejecutante subsiguientemente a la emisión del documento electrónico será tenida como formando parte de dicho documento, a tenor de su definición actual. Esto podría ser problemático, dado que la amplitud de la terminología utilizada permitiría al porteador incluir condiciones contractuales adicionales en un documento electrónico ya emitido.

19. **Artículo 1.11, Mercancías:** Esa definición habla de las mercancías que un porteador o una parte ejecutante “haya recibido para su transporte” en vez de que “se haya comprometido a transportar”. A resultas de ello, la definición no incluiría tal vez las mercancías que el porteador no haya aceptado recibir o, según el caso, no haya cargado en su buque, lo que conviene evitar enmendando el texto de la definición. A diferencia de las Reglas de La Haya-Visby (artículo I c)), pero al igual que las reglas (artículo 1 5)), la definición de mercancías incluye a los animales vivos y a la carga sobre cubierta, pero se ha previsto la responsabilidad por ese concepto del porteador en disposiciones especiales y de índole compleja que figuran en los artículos 6.6 y 17.2 a) (véanse allí las observaciones al respecto).

20. **Artículo 1.12, Tenedor:** La noción de tenedor es particularmente importante respecto del llamado derecho de control, así como respecto de la transferencia de derechos (caps. 11 y 12), y del derecho de entrega (cap. 10). Ahora bien, se hace también referencia al tenedor en otras partes del proyecto de Instrumento (caps. 2, 9, 13).

21. **Artículo 1.14, Documento de transporte negociable:** Esta definición debería figurar a continuación de la definición de “documento de transporte” (artículo 1.20). Como se ha indicado ya, desde diversos ángulos, durante el proceso de consulta en el marco del CMI, el empleo del término “negociable” es problemático. La definición aquí propuesta no aclara qué efecto surtirá consignar las mercancías “a la orden del expedidor, a la orden del consignatario o al portador”. En algunos ordenamientos, un documento así definido sería auténticamente negociable en el sentido de conferir plenamente la titularidad (es decir la propiedad sin gravamen alguno) al consignatario (endosatario). En otros ordenamientos, ese documento tal vez sólo transfiera un derecho exclusivo a reclamar del porteador la entrega de las mercancías. Mientras que en otros ordenamientos, la indicación “a la orden” pudiera no ser el criterio requerido para la transferibilidad del derecho.

22. **Artículo 1.17, Parte ejecutante:** Esta compleja disposición es muy importante por definirse en ella las partes sobre las que recaerán las obligaciones y responsabilidades del porteador (art. 6.3.1) y que podrán ser demandadas directamente por los propietarios de las mercancías. Esta definición abarca únicamente a partes que llevan a cabo ciertas funciones contractuales del porteador, a saber, las de transporte, manipulación, custodia o almacenamiento de las mercancías y que no hayan sido contratadas por el cargador o el consignatario o por uno de sus agentes, empleados o subcontratistas. No existe ninguna disposición en el proyecto de Instrumento relativa a la responsabilidad de las partes que ejecuten otros aspectos del contrato de transporte. Ello significa que las partes que ejecuten otras funciones del porteador estipuladas en el contrato de transporte, al no estar cubiertas por la definición, no estarán sujetas a su régimen de la responsabilidad en ninguna acción entablada contra ellos por los propietarios de las mercancías, mientras que esas partes podrán invocar toda excepción o limitación de la

responsabilidad de que disponga el porteador con arreglo al régimen del Instrumento (art. 6.3.3). Un ejemplo mencionado en la nota explicativa del proyecto de Instrumento⁷ (en su párr. 17) es el de una compañía de seguridad que vigila un almacén de contenedores o un astillero que se ocupa de garantizar la navegabilidad de un buque. El demandante, que actúe en calidad de propietario de las mercancías, gozará de diversas acciones según cuál sea el régimen aplicable, que dependerá de cuál de las partes, encargadas del cumplimiento de uno u otro aspecto del contrato de transporte, sea responsable de la pérdida, daño o demora. La complejidad de este factor de conexión puede dañar a los propietarios de la carga y puede elevar además los costos (de determinación del lugar donde ocurrió la pérdida y de asesoramiento jurídico sobre el régimen aplicable).

23. Cabe señalar que esta definición se ha formulado con miras a excluir de su ámbito todo porteador que sea un subcontratista intermedio. Son partes ejecutantes únicamente aquellas que intervienen de hecho en la ejecución del contrato, pero no aquellas que llevan a cabo ciertas partes de las obligaciones contractuales del porteador o subcontratan su ejecución. Esta formulación restrictiva parece arbitraria y potencialmente problemática. El ejemplo mencionado en la nota explicativa del proyecto de Instrumento (en su párr. 18) es elocuente al respecto: un porteador marítimo subcontratista que haya subcontratado a su vez el cumplimiento de sus obligaciones quedaría fuera de la definición de “parte ejecutante”. El que esta parte quede o no sujeta, en una acción interpuesta por el porteador principal, al régimen del Instrumento, dependerá de que a) el transporte subcontratado sea o no internacional o b) del régimen al que remita el contrato (ver artículo 3). Sus subcontratistas, por ejemplo, un porteador marítimo y una empresa estibadora serían, no obstante, partes ejecutantes con arreglo al régimen del Instrumento y el demandante eventual podría demandar directamente a esas partes. Ahora bien, el demandante tal vez no sepa cuál es la empresa estibadora contratada por un porteador subcontratista y si esa parte es o no responsable de la pérdida, el daño o la demora. Además, la parte ejecutante tal vez pueda, en el supuesto de ser demandada, ampararse en su contrato con alguna otra parte (p. ej., un porteador subcontratista) que no haya contraído ninguna obligación directa con el propietario de la carga. El propietario de la carga no podrá alegar en su demanda ningún derecho, basado en el régimen del Instrumento, contra el subcontratista intermedio que tal vez sea más solvente (p. ej., un naviero cuyo buque pueda ser embargado como garantía para responder del importe de la demanda). A la luz de lo dispuesto en el proyecto de Instrumento, en lo relativo al transporte que preceda o siga al transporte por mar (art. 4.2.1), al contrato combinado de transporte y de tránsito (art. 4.3) o a la contratación de servicios externos (art. 5.2.2), parece claro que, en muchos supuestos, sería extremadamente difícil determinar quién sería responsable a tenor del régimen. De hecho, tal vez ninguna de las partes sea técnicamente parte ejecutante.

24. En su forma actual, esta definición es sumamente compleja y puede ser fuente de gran incertidumbre. Si los subcontratistas que llevan a cabo las obligaciones del porteador contractual han de quedar sujetos al régimen de responsabilidad del Instrumento, no debe hacerse ninguna distinción entre las funciones, según hayan sido o no subcontratadas, ni entre los subcontratistas que las llevan a cabo (comparar p. ej. con el artículo 12) de las reglas de Hamburgo, que define

⁷ A/CN.9/WG.III/WP.21, denominado en adelante “nota explicativa”.

“porteador efectivo”). Debe observarse asimismo que dada la complejidad y la índole restrictiva de la definición del artículo 1.17, resultará a menudo difícil identificar correctamente la “parte ejecutante” responsable en el plazo de un año para la apertura de un procedimiento judicial o arbitral (artículo 14.1). De hecho la responsabilidad de un porteador ejecutante dependerá de que la demanda sea presentada contra la parte que proceda y ante el foro competente en el breve plazo de un año.

25. **Artículo 1.18, Derecho de control:** Toda referencia al derecho de control debería figurar en la definición de “parte controladora” (artículo 1.7). La disposición del artículo 1.18, en su forma actual, no da ninguna definición.

26. **Artículo 1.19, Cargador:** Al igual que la definición de porteador, la definición de cargador no incluye expresamente una parte en cuyo nombre se concierte un contrato de transporte.

27. **Artículo 1.20, Documento de transporte:** No está claro por qué la definición de documento de transporte incluye a) un simple recibo, b) un simple contrato y c) un documento de transporte tradicional que sirva a la vez de recibo y de contrato de transporte. Esta disposición habrá de ser considerada particularmente en relación con el capítulo 8. El capítulo 8 se ocupa de los aspectos sustantivos de los documentos de transporte, pero no parece ser significativamente aplicable respecto de los documentos definidos en el anterior apartado b). La definición del artículo 1.20 se refiere a un “documento emitido con arreglo a un contrato de transporte por un porteador o por una parte ejecutante”. Debe señalarse que esta definición puede dar lugar a que diversos documentos de transporte emitidos por diversas partes subcontratantes queden sujetos a los requisitos documentarios del capítulo 8. Esto podría ser fuente de confusión, particularmente en vista de que, conforme a su texto actual, el proyecto de Instrumento tal vez sea aplicable al transporte multimodal (ver artículo 1.5). Un transportista sin buques propios subcontrata con un porteador marítimo y dos transportistas terrestres distintos para llevar a cabo segmentos separados de un transporte puerta a puerta. El porteador marítimo subcontratista subcontrata a su vez el transporte a partir de un puerto intermedio. El primer porteador marítimo subcontratista (que no sería parte ejecutante con arreglo al artículo 1.17) emite un documento de transporte en nombre del porteador contratante (sin buques propios). De modo parecido, todas las partes que, conforme a la definición, son parte ejecutante (artículo 1.17), es decir, el porteador marítimo subcontratado y los dos transportistas por tierra emiten un documento de transporte al hacerse cargo de las mercancías para su transporte. La definición aquí propuesta abarcaría al parecer todos esos documentos, y el régimen aplicable a los documentos de transporte (cap. 8) sería a su vez aplicable a toda demanda presentada por un propietario de las mercancías contra alguna parte ejecutante, aun cuando los documentos de transporte no obren en poder del demandante y aun cuando el demandante tal vez no sea el consignatario a tenor de esos documentos (ver artículo 1.2).

2 Comunicaciones electrónicas

28. **Artículo 2.1:** Dado que la práctica de comerciar por vía electrónica o por medio de “documentos electrónicos” no está plenamente desarrollada, toda

propuesta de reglamentar esta práctica habrá de ser cuidadosamente considerada velando por que a) facilite las operaciones y b) salvaguarde la seguridad requerida. El artículo 2.1 dispone que la emisión y empleo de un documento electrónico podrá efectuarse por “consentimiento implícito”. Ello suscita cierta inquietud, al poder dar lugar a algún problema probatorio. Parecería preferible que se admitiera únicamente este recurso a la vía electrónica por acuerdo expreso de las partes.

29. **Artículo 2.2.1:** El artículo 2.2.1 prevé la sustitución de un documento de transporte por un documento electrónico. En su forma actual, esta disposición parece problemática, ya que pudiera haber dificultades al efectuar esa sustitución. No está claro lo que sucedería si el tenedor no presenta el juego completo de los documentos de transporte inicialmente emitidos.

30. **Artículo 2.2.2:** El artículo 2.2.2, en su forma actual, no indica claramente cuáles son los datos que habrán de figurar en el sucedáneo electrónico de un documento de transporte. No está claro, por ejemplo, si en el supuesto de que se deteriore el estado de las mercancías tras la emisión de un documento electrónico y (antes de emitirse un documento de transporte sustitutivo), el porteador estará facultado para insertar una declaración por la que condicione su aceptación del estado declarado de las mercancías. Tampoco está clara la fecha que habría de llevar el documento de transporte sustitutivo.

31. **Artículo 2.3:** La noción de “escrito” no está definida en ninguna parte del proyecto de Instrumento (cf. con el art. 1 8) de las Reglas de Hamburgo).

32. **Artículo 2.4:** Cabe cuestionar la suficiencia de la protección otorgada a terceros, que tal vez no conozcan el protocolo (reglas de procedimiento) convenido entre las partes originarias, y que no sea posible deducir su contenido de lo consignado en el documento electrónico. Se diría que todos los detalles de las reglas de procedimiento convenidas deberán figurar en el documento electrónico o ser adjuntadas a ese documento.

3 **Ámbito de aplicación**

33. **Artículo 3.1:** Según el artículo 3.1, el proyecto de Instrumento será aplicable a todo contrato internacional en el que el lugar de recepción de las mercancías o el lugar de su entrega esté en un Estado contratante, conforme a los apartados a) y b), o en el que el contrato remita al régimen del Instrumento o a una norma de derecho interno por la que se dé curso a ese régimen e). En a) y b) no está claro por qué se hace referencia no sólo al lugar o lugares indicados en el contrato, sino también al lugar indicado en los datos del contrato. Si se ha emitido un documento de transporte, sobre papel o sobre soporte electrónico, los datos del contrato deberán coincidir con los consignados en el contrato (art. 1.6), por lo que esa referencia parece innecesaria. Los textos entre corchetes hacen referencia a ciertos factores de conexión adicionales que pueden hacer aplicable el régimen del Instrumento.

34. **Artículo 3.1 a), b), puertos de carga o descarga contractuales:** La aplicación del régimen debe quedar restringido al transporte marítimo únicamente, es decir al transporte de puerto a puerto. Ahora bien, en su forma actual, esta disposición, leída en conjunción con el artículo 1.5, haría que ese régimen fuera aplicable no sólo al transporte de puerto a puerto sino que introduciría un factor de

conexión bastante arbitrario, a saber, el de un puerto intermedio de carga o descarga. En el transporte multimodal, la selección por el transportista de la modalidad de transporte para determinados segmentos del transporte no debería afectar a la aplicación del régimen de la responsabilidad. La inclusión de este factor de conexión sugerido parece por ello arbitraria y su aplicación haría más incierta la aplicabilidad del régimen del Instrumento.

35. **Artículo 3.1 c), Lugar en donde efectivamente se hace la entrega:** Este factor de conexión es fuente de incertidumbre, ya que no estaría claro, en el momento de recepción por el porteador de las mercancías para su transporte, si el régimen del Instrumento será o no eventualmente aplicable. Las Reglas de Hamburgo se refieren a un factor de conexión similar en el artículo 2 1) c). (N.B. fuera del supuesto de una operación de transporte marítimo a bordo de un buque fletado, este factor de conexión pierde todo sentido, ya que no es normal convenir en lugares facultativos de entrega en las operaciones de puerta de puerta). Conforme a la práctica actual, las partes, en un contrato para el transporte marítimo de mercancías sobre un buque fletado, pueden convenir en uno o más lugares optativos de descarga. El conocimiento de embarque puede llevar consignadas todas las condiciones del contrato de fletamento, incluidos los diversos puertos optativos de descarga en ella estipulados, por lo que una vez transferido el conocimiento a un tercero, sus condiciones, así como la selección del puerto de descarga, son factor de particular interés para toda persona que tenga un derecho a reclamar la carga. Ahora bien, debe observarse que con arreglo al derecho mercantil internacional, un vendedor c.i.f. o de servicios f.o.b. ha de presentar un conocimiento de embarque respecto del destino de las mercancías, por lo que un conocimiento que ofrezca como punto de destino una selección de puertos adicionales no será normalmente aceptable, por ejemplo, en supuestos que se rijan por las INCOTERMS o en los que se haya de efectuar el pago por carta de crédito con arreglo a las RUU 500.

36. **Artículo 3.1 d), Lugar de conclusión del contrato o de emisión de un documento de transporte/documento electrónico:** A la luz de la práctica moderna, no parece justificada la importancia otorgada al lugar donde el contrato se haya concluido. Además, en la práctica puede resultar difícil de determinar tanto el lugar de conclusión del contrato como el lugar de emisión de un documento electrónico.

37. **Artículo 3.2:** El texto del artículo 3.2 corresponde al de otros convenios internacionales, tales como las Reglas de La Haya-Visby o las Reglas de Hamburgo. En aras de una mayor uniformidad y para evitar dudas, convendría que se hiciera una remisión al derecho por lo demás aplicable. Con ello se conseguiría que todo nuevo Instrumento fuera aplicable con independencia de la ley aplicable al contrato o al documento de transporte.

38. **Artículo 3.3.1:** Los regímenes convencionales de índole imperativa actualmente existentes no son aplicables al contrato de fletamento, primordialmente por razón de que estos contratos, a diferencia del contrato o póliza de fletamento, son individualmente negociados por entidades que gozan de similar margen para negociar. Cabe por ello justificar que los contratos de fletamento queden excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de Instrumento. Ahora bien deben quedar incluidos en su ámbito de aplicación otros tipos de contratos en los que el porteador imponga condiciones uniformes que no sean objeto de negociación individual.

39. **Artículo 3.3.2:** Pese a la intención de que el proyecto de Instrumento sea lo más completo posible en lo relativo al régimen aplicable al derecho de control, a los derechos de transferencia y a los derechos de demanda judicial, no existe ninguna indicación del momento en el que un documento consignado sobre papel o sobre soporte electrónico que haya sido emitido a raíz de un contrato de fletamento pasa a regir las relaciones contractuales entre el porteador y el tenedor de ese documento. En aras de la certidumbre, convendría aclarar este punto, al menos si se han de retener las disposiciones de los capítulos 11 a 13. Respecto del texto entre corchetes, véase el comentario al artículo 3.3.1.

40. **Artículo 3.4:** Ver la observación en el artículo 3.3.1.

4. Período de responsabilidad

41. **Artículo 4.1:** Las disposiciones relativas al período de responsabilidad aplicable a la operación son de suma importancia, pero deben ser examinadas más a fondo y reformuladas. En el artículo 4 de las Reglas de Hamburgo puede verse una regla clara por la que se define el período de responsabilidad de un porteador. El artículo 4.1.1 del proyecto de Instrumento parece, establecer a simple vista un período de responsabilidad similar, a saber “desde el momento en que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías de su transporte hasta el momento en que las mercancías se entregan ...”. El término “se entrega” corresponde a un concepto jurídico bien definido (por ej. en los contratos de compraventa), que designa la entrega voluntaria de la posesión de un objeto. Pese a que el contrato puede definir una obligación de recepción de la mercancía o de efectuar su entrega, es evidente que no es el contrato sino el hecho de esa recepción o entrega lo que determina el momento en que esa obligación quedará cumplida, es decir, el momento efectivo de la recepción o de la entrega. No obstante, si bien el artículo 4.1.1 parece dar a entender que el período efectivo de la responsabilidad abarca el tiempo transcurrido desde la recepción (efectiva) hasta la entrega (efectiva), el artículo 4.1.2 y el artículo 4.1.3 dan a entender lo contrario. Los factores determinantes del período de la responsabilidad contractual del porteador son en primer lugar el acuerdo contractual, o en su defecto las prácticas o usos del comercio y únicamente como solución supletoria la recepción y la entrega efectivas. En el artículo 4.1.3, el momento o el lugar de la entrega está definido, en ausencia de toda estipulación contractual al respecto o de toda práctica o uso comercial aplicable, como el lugar de “descarga de las mercancías desde el último buque o vehículo...” utilizado.

42. Si, tal como se sugiere, se permite que el contrato determine el momento de recepción y el momento de entrega de las mercancías sin fijarse ningún límite o directriz legal al respecto, es probable que los porteadores marítimos opten por estipular que su responsabilidad se extiende desde el momento en que se carga la mercancía hasta el momento en que se descargue, a fin de minimizar el período de su responsabilidad contractual. Ello se prestaría a abuso, ya que el porteador marítimo podría reducir así su período de responsabilidad contractual estipulando en sus condiciones generales que queda “convenido” que la recepción y la entrega coincide con la carga efectiva de la mercancía en el buque y su descarga efectiva del mismo. Este abuso resultaría aún mayor en relación con el artículo 5.2.2, que permite estipular contractualmente que la responsabilidad por la carga y descarga de

la mercancía recaerá sobre el cargador, la parte controladora o el consignatario (ver observación al art. 5.2.2). Los formularios actuales de conocimiento de embarque acostumbran ya a estipular detalladamente la obligación de entrega del porteador con arreglo al contrato. Ahora bien, por razón del régimen internacional en vigor (las Reglas de La Haya, de La Haya-Visby y de Hamburgo), estas cláusulas no acostumbran a surtir efecto en todas las jurisdicciones.

43. En supuestos en los que no se haya estipulado contractualmente el momento y el lugar de la recepción o de la entrega, pudiera ser sumamente incierto y controvertido cuáles serían los usos o las prácticas del comercio aplicables y, con arreglo al artículo 4.1.3 la responsabilidad del porteador se extinguiría a menudo en el punto de descarga del buque. Este resultado sería sumamente insatisfactorio en el contexto del transporte marítimo por contenedores. Es digno de mención que con arreglo al artículo 4.1.3 la responsabilidad se extinguiría igualmente en el momento y el lugar de la entrega efectuada con arreglo al capítulo 10 del proyecto de Instrumento.

44. Artículo 4.2.1, Transporte que preceda o que sea subsiguiente al transporte por mar: En su forma actual, el artículo 1.5, leído en conjunción con el artículo 4.2.1, prevé un régimen de la responsabilidad multimodal estructurado conforme a un sistema de interconexión (para pérdidas o daños que hayan sido ubicados). El artículo 4.2.1 no parece añadir nada en el supuesto de que el ámbito de aplicación sustantiva del régimen quede restringido al transporte marítimo. La finalidad declarada de esta disposición es la de acoplar la aplicación del régimen del Instrumento a la de todo otro convenio de transporte existente que sea imperativo. El mecanismo propuesto es el de la introducción de un sistema de interconexión para toda pérdida que haya sido posible ubicar por el que se daría precedencia a ciertas reglas del convenio internacional de carácter imperativo, que sea aplicable al segmento en donde ocurrió el daño o la demora que se haya invocado. Tanto la necesidad invocada para introducir esta disposición y los problemas a que puede dar lugar su aplicación son buena muestra de la dificultad de regular con éxito el transporte (multimodal) de puerta a puerta y la necesidad de preparar esa reglamentación con sumo cuidado. Se propone, como solución, dar precedencia a ciertas reglas del régimen imperativo internacional aplicable, siempre que la pérdida o el daño puedan ser ubicados. Este enfoque puede, no obstante, dar lugar a notable incertidumbre. La determinación del régimen internacional imperativo de la responsabilidad aplicable dependerá i) de la determinación de la etapa en que ocurrió la pérdida, el daño o la demora y ii) de la determinación de si en la jurisdicción pertinente existe algún régimen que sea imperativamente aplicable. Una vez que el tribunal judicial o arbitral ante el que se presente la demanda haya determinado cuál es el régimen aplicable, solamente algunas de sus disposiciones, interpretadas por el tribunal competente, serían aplicables con precedencia a las del régimen del Instrumento. En todo lo demás serían aplicables las disposiciones del proyecto de Instrumento. A resultas de ello, en supuestos en los que esta disposición sea activada, sería aplicable un entramado oscuro de diversos regímenes que no fueron formulados con miras a complementarse mutuamente. Se deja amplio margen abierto para la confusión y es probable que los tribunales de diversos países adopten criterios radicalmente diversos respecto de cuáles son las disposiciones de uno u otro régimen que sean aplicables a una u otra de las partes. Ello daría lugar a una jurisprudencia difícilmente previsible, razón por la cual debe suprimirse esta disposición.

45. **Artículo 4.3, Contratos combinados de transporte y tránsito:** El artículo 4.3 tiene gran importancia, ya que permite “excluir contractualmente” la aplicación del régimen limitando el ámbito del contrato. En principio no hay nada que objetar a la autonomía contractual de las partes para determinar el alcance de su acuerdo, en supuestos en los que la posición negociadora de las partes sea igualmente fuerte. Ahora bien, en el contexto de contratos concertados con arreglo a condiciones generales habitualmente impuestas por una de las partes, sin margen de negociación para la otra, ello puede dar lugar a prácticas abusivas. Esta disposición permite, en su forma actual, que el “acuerdo explícito” de las partes sea determinante, sin prever ningún mecanismo que ampare al cargador o al consignatario contra toda práctica abusiva. Mucho dependerá de la interpretación judicial de términos como “acuerdo explícito” y “segmento[s] especificado[s] del transporte” por el foro competente para dirimir la controversia. En terminología jurídica, el término “acuerdo explícito” denota una estipulación explícita consignada en el contrato, por lo que sería aplicable todas las condiciones impresas en caracteres pequeños al dorso de un conocimiento de embarque. Aun cuando se adoptara un criterio algo más restrictivo, tal vez baste con una cláusula impresa sobre el documento que diga “queda explícitamente convenido que respecto de todo segmento del transporte no efectuado sobre un buque administrado o controlado por el porteador, el porteador actuará a título únicamente de transitario” puede ser suficiente para que dicha estipulación quede englobada en el ámbito de aplicación del artículo 4.3.1.

46. El interés natural de todo porteador puede aconsejarle a limitar su responsabilidad en supuestos en los que encargue a terceros ciertos segmentos del transporte convenido, por lo que es muy de temer que el texto sugerido de esta disposición se preste a prácticas abusivas. Además, aun cuando el cargador concierte libremente un acuerdo de tránsito con un porteador, la disposición del artículo 4.3.2, en su forma actual, no protege debidamente los intereses de los propietarios de la carga.

1) La obligación del porteador que actúe como agente será la de obrar con la debida diligencia al seleccionar a otro porteador, pero no está claro lo que esto significa y no se especifican las condiciones (de diligencia, honradez, buena reputación) que deberá reunir el otro porteador. ¿Cuál será el comportamiento que determine la falta de diligencia en la selección de un porteador? Al no asignarse expresamente la carga de la prueba, el porteador no responderá del incumplimiento de su obligación, salvo que el cargador o consignatario puedan probar su falta de negligencia.

2) El porteador estaría obligado a concertar un contrato con el otro porteador en los términos “habituales y normales”. ¿Qué añade una condición contractual “normal” a una condición “habitual”? Como mínimo debería ser obligatorio contratar en condiciones que se juzguen “razonables” (ver por ejemplo la obligación de un vendedor con arreglo a la cláusula c.i.f. de las INCOTERMS), lo que permitiría tener en cuenta el tipo de mercancías transportadas y las necesidades especiales a las que su transporte pueda dar lugar. Ahora bien, no parece haber razón alguna por la que no se pueda obligar a un porteador a contratar con arreglo a las condiciones de algún reglamento internacional imperativo, es decir, en el supuesto del transporte marítimo con arreglo a las condiciones que disponga el proyecto de Instrumento.

3) Un consignatario que vaya a presentar una demanda habrá de resolver ciertas dificultades como la de identificar al porteador (o la de determinar el tribunal competente), lo que le puede causar notables problemas a la hora de observar el plazo aplicable para la presentación de la demanda ante un tribunal judicial o arbitral (art. 14.1). Debe recordarse que el segundo porteador tal vez sea un naviero o el fletador de un buque por cierto período o para determinado viaje (o incluso, conforme al texto actual del proyecto de Instrumento, un transportista aéreo o terrestre). Con arreglo al artículo 4.3.2, el porteador, que actúe en calidad de agente, no estará obligado a exigir del otro porteador que le entregue determinado documento de transporte (por ejemplo, negociable, transferible) que cumpla ciertas funciones (certificado de recibo), ni a entregar ese documento al cargador o al consignatario. De dañarse las mercancías al ser transbordadas al buque de otro porteador, lo primero que se habrá de hacer para litigar será determinar quién es el responsable, y en virtud de qué contrato y cuál es el régimen aplicable.

4) Debe prestarse atención a las necesidades a que pueda dar lugar el recurso a ciertos documentos de transporte en el comercio internacional, por ejemplo, la obligación de un vendedor con arreglo a una cláusula c.i.f. de proporcionar al comprador “cobertura documentaria continua”. Un documento de transporte por el que el porteador no asuma responsabilidad por la totalidad del viaje podría, por ejemplo, no ser aceptable con arreglo a las RUU 500 que son las Reglas por las que se rigen actualmente la mayor parte de las operaciones por carta de crédito.

5. Obligaciones del porteador

47. **Artículo 5.1:** El artículo 5.1 que enuncia la obligación del porteador de transportar las mercancías y entregarlas al consignatario, no establece ningún requisito especial respecto de la obligación del porteador de efectuar la entrega. Ello es importante, ya que el porteador podrá (de hecho unilateralmente) determinar cuál es su obligación de entrega. Convendría que esta disposición sea examinada conjuntamente con la del artículo 4.1.3 y con lo dispuesto en el capítulo 10.

48. **Artículo 5.2.1:** Como se observó anteriormente respecto de los artículos 4.1 y 4.3, las disposiciones del proyecto del Instrumento permiten, en su forma actual, que el porteador minimice de hecho notablemente el período de su responsabilidad. Esto se habrá de tener en cuenta al examinar esta disposición. Dentro del mencionado período de responsabilidad, el porteador asumirá, a tenor del artículo 5.2.1 obligaciones similares a las del artículo III, regla 2 de las Reglas de La Haya-Visby. Aun cuando está previsto que el proyecto de Instrumento sea aplicable al transporte de puerto a puerto (conforme a su texto actual incluso al transporte de puerta a puerta), y aun cuando la responsabilidad del porteador debería ser normalmente aplicable al período comprendido entre la recepción y la entrega de las mercancías, la presente disposición no habla de “entrega debida”.

49. **Artículo 5.2.2:** Esta disposición es esencial, ya que permite que el porteador se valga de la autonomía contractual para eludir algunas de sus obligaciones con arreglo al proyecto de Instrumento. Esta disposición suscita igual inquietud que la del artículo 4.3, que permite que el porteador eluda contractualmente su responsabilidad respecto de determinados segmentos del transporte. En la actualidad, en los contratos de fletamento (aun cuando mucho menos en los

conocimientos de embarque), se atribuye a veces la responsabilidad de la carga y descarga de las mercancías al fletador que expida esas mercancías (cláusulas FIOS o similares). Al considerar cláusulas de esta índole, particularmente si están incorporadas a un contrato de conocimiento de embarque, se ha de hacer una distinción entre la asignación contractual de la responsabilidad de pago del cumplimiento de ciertos deberes y la responsabilidad de cumplimiento del deber considerado. Las cláusulas FIOS no figuran habitualmente en los conocimientos de embarque, y aun cuando las condiciones del contrato de fletamento sean incorporadas al conocimiento de embarque, sigue siendo dudoso que con arreglo a la normativa internacional actual (Reglas de La Haya-Visby) un tercero que sea tenedor de un conocimiento de embarque (consignatario) quede obligado por una cláusula así incorporada a su conocimiento. En derecho inglés no existe, por ejemplo, ninguna fuente autorizada a este respecto y cabría aducir que esa cláusula reduciría la responsabilidad del porteador con arreglo al régimen de las Reglas, por lo que sería nula y sin efecto con arreglo al artículo III, regla 8 de las Reglas de La Haya-Visby (ver por ejemplo la decisión sudafricana The MV Sea Joy 1998 1) S.A. 487).

50. A diferencia del artículo 4.3, esta disposición, en su forma actual, no requiere siquiera un “acuerdo explícito” (si es que esto significa algo, véase la observación que se hizo anteriormente al artículo 4.3), pero facultaría claramente al porteador para incluir una condición general al respecto en el texto que va en letra un documento de transporte, que sería vinculante para todo cargador, consignatario o parte controladora que firmara ese documento. Como ya indicaron algunos comentaristas durante las consultas en el seno del CMI, en la práctica, las disposiciones de los artículos 4.3 y 5.2.2 del proyecto de Instrumento facultan efectivamente al porteador para eludir toda responsabilidad que trascienda del viaje oceánico propiamente dicho, es decir anterior a la entrega o posterior a la descarga. Un documento de transporte puede, por ejemplo, llevar consignado que el porteador actúa únicamente en calidad de agente del cargador y del consignatario en lo que respecta a i) el transporte desde algún punto en el interior del territorio hasta la terminal oceánica y el transporte desde la terminal oceánica hasta el punto de destino, ii) concertando servicios de estibadores para la carga y descarga, iii) concertando servicios en la terminal para la carga y para después de la descarga. Más aún, en este supuesto, incluso un porteador que llevara a cabo por sí mismo estas funciones quedaría exento de responsabilidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.1.3 ix), salvo que el propietario de la carga que presentara la demanda fuera capaz de probar que hubo negligencia por parte del porteador (nótese la inversión de la carga de la prueba). El criterio de “*laissez faire*”, que inspira todo el proyecto de Instrumento ni redundará en provecho de la uniformidad internacional, ni parece tener en cuenta los intereses legítimos de los cargadores y consignatarios, particularmente de los que residen en países en desarrollo (ver asimismo el comentario al art. 6.3.2 a)).

51. **Artículo 5.3:** Esta disposición da a entender que el porteador podrá negarse a transportar y, caso de ser necesario, destruir la carta. Esta disposición debe leerse juntamente con el artículo 6.1.3 x), que exonera al porteador de responsabilidad salvo que el demandante pruebe que hubo negligencia en el transporte de la carga por parte del porteador o de una parte ejecutante. Obsérvese que el texto del artículo 5.3 no hace referencia alguna a los derechos de la parte ejecutante, pero que el artículo 6.3.1 a) extiende, en términos generales, los derechos del porteador a las

parte ejecutantes durante el período en el que las mercancías estén bajo su custodia. Véase también los artículos 7.1 y 7.6 que se ocupan de la responsabilidad del cargador por las pérdidas, daños o lesiones que puedan causar las mercancías.

52. En las Reglas de La Haya-Visby y de Hamburgo, un derecho equivalente (aun cuando no idéntico) del porteador está restringido a todo supuesto en el que a) se hayan expedido mercancías peligrosas sin el conocimiento o el consentimiento del porteador o b) mercancías peligrosas enviadas con el conocimiento del porteador lleguen a constituir un peligro real. El texto de la disposición examinada no distingue entre supuestos en los que el porteador tenga o no tenga conocimiento de la índole peligrosa de la carga. La noción de carga peligrosa, que está definida en las Reglas de La Haya-Visby (artículo IV, regla 6), y en términos más difusos en las Reglas de Hamburgo (artículo 13), se extiende en el presente caso a todo tipo de carga y no únicamente a mercancías de índole inherentemente peligrosa. Con arreglo al proyecto de disposición, se le otorga al porteador un amplio margen para determinar si las mercancías “son un peligro, o cabe considerar razonablemente que ... pueden convertirse en un peligro” y puede decidir sobre el curso de acción apropiado para responder a ese peligro. En su forma actual, la disposición no parece ofrecer ninguna salvaguardia contra las pretensiones o los comportamientos injustificados del porteador, particularmente en supuestos en los que un porteador se haya comprometido a transportar una carga peligrosa por un precio conveniente y descubra más adelante que su buque no ofrece las condiciones requeridas para transportar esa carga con seguridad. No está clara la relación que los artículos 5.3 y 5.4 y, en su forma actual, el artículo 5.3 (“No obstante lo dispuesto en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4 ...”) facultan al parecer al porteador a negarse a cargar o descargar mercancías que parezca razonable que pueden “convertirse en un peligro” sin indemnización, aun en el supuesto de que el buque transportador no reuniera las condiciones debidas de navegabilidad.

53. **Artículo 5.4:** Esta disposición es similar a la del artículo III, regla 1, de las Reglas de La Haya y La Haya-Visby. En ellas se impone una obligación al porteador de obrar con la debida diligencia en orden a proporcionar un buque que reúna las condiciones debidas de navegabilidad. El texto entre corchetes prolongaría esa obligación más allá del comienzo del viaje y la haría continua. Ahora bien, a diferencia de otros regímenes de responsabilidad vigentes, el texto en su forma actual no impone expresamente al porteador la carga de probar que ha obrado con la debida diligencia (cf. artículo IV, regla 1 de las Reglas de La Haya y La Haya-Visby, artículo 5 1) de las Reglas de Hamburgo). A tenor del artículo 6.1.1, el porteador habrá de asumir, por lo general, la carga de probar que no hubo negligencia en todo supuesto en el que haya habido pérdida o daños de las mercancías o demora en su entrega imputable al período de su responsabilidad (conforme a lo definido en el artículo 4). Ahora bien, esta regla general está supeditada a la del artículo 6.1.3 en donde se enumeran una serie de sucesos de los que se presume que el porteador no es culpable y respecto de los que se impone la carga de refutar esta presunción al propietario de la carga que presente una demanda. Véase también el artículo 6.1.2, que enumera dos exenciones de responsabilidad aparentemente absolutas. No está claro cómo habrá de asignarse la carga de la prueba en supuestos en los que la falta de navegabilidad y alguno de los sucesos enunciados en el artículo 6.1.2 y 3 hayan contribuido a la pérdida (véase asimismo la observación al artículo 6.1.3). Dadas las divergencias entre la redacción del proyecto de Instrumento respecto de las Reglas de La Haya-Visby, la jurisprudencia actual sobre la obligación de navegabilidad del

buque y su relación compleja con la lista de excepciones (artículo IV, regla 2 de las Reglas de La Haya-Visby) será únicamente pertinente en cierta medida.

54. **Artículo 5.5:** El artículo 5.5 otorga al porteador un nuevo derecho extremadamente amplio para “sacrificar” mercancías, que no figura en las Reglas de La Haya, de La Haya-Visby o de Hamburgo, pero que al parecer está basado en conceptos recogidos en las Reglas de York y de Amberes, un juego de reglas sobre la distribución de la responsabilidad en supuestos de avería gruesa, que son únicamente aplicables por vía de remisión contractual. El artículo 6.1.3 x) contiene una presunción similar por la que se excluye la responsabilidad del porteador por pérdida, daño o demora. Con arreglo al texto actual, ni ese derecho en sí ni la aplicación de la presunción de ausencia de culpa están sujetas a la condición de que el porteador haya obrado con la debida diligencia a la hora de aportar un buque navegable. No está clara la razón para incluir esta disposición que beneficia únicamente al porteador.

6. Responsabilidad del porteador

55. **Artículo 6.1.1 (Base de la responsabilidad):** La disposición del artículo 6.1.1 se asemeja a la del artículo 5.1. de las Reglas de Hamburgo. Sin embargo, hay que señalar que la definición del período de responsabilidad difiere significativamente (véase el comentario al artículo 4.1). Además, el texto de la disposición es distinto del texto del artículo 5.1 de las Reglas de Hamburgo, que dice “... a menos que pruebe que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias”. Como puede verse, la diferencia de redacción afecta de forma sustantiva al grado de diligencia requerido y, en consecuencia, a la carga de la prueba que habrá de soportar el porteador. Por ejemplo, la disposición correspondiente del artículo 17.2 de la CMR dice que el transportista queda exonerado de responsabilidad si la pérdida, avería o retraso ha sido ocasionado “por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir”. Ello se ha interpretado como un grado de diligencia máximo, superior al exigido en virtud de las Reglas de La Haya o de las Reglas de La Haya-Visby. Hay que señalar que este grado de diligencia “máximo”, considerablemente alto, se aplica, en virtud del artículo 7.6 del proyecto de Instrumento, a la responsabilidad del cargador hacia el porteador por infracción de cualquiera de las obligaciones que le impone el artículo 7.1.

56. La regla general de responsabilidad del artículo 6.1.1 debe examinarse conjuntamente con la lista de excepciones del artículo 6.1.2 y de presunciones de inexistencia de culpa del artículo 6.1.3, que no existen en las Reglas de Hamburgo. En conjunto, las disposiciones del artículo 5 y del artículo 6 del proyecto de Instrumento constituyen una compleja amalgama de las disposiciones correspondientes de las Reglas de La Haya-Visby y de las Reglas de Hamburgo, con algunos elementos nuevos importantes. Como consecuencia, se pierden las ventajas de la seguridad jurídica creada por una jurisprudencia y análisis de larga data de las Reglas de La Haya-Visby y (en menor medida) de las Reglas de Hamburgo. Esto debe tenerse en cuenta al considerar las ventajas de incluir algunas disposiciones propuestas en el proyecto de Instrumento. Puede estimarse aconsejable suprimir las disposiciones de los artículos 6.1.2 y 6.1.3, y mantener únicamente una regla general en el artículo 6.1.1, inspirada en el artículo 5.1 de las Reglas de Hamburgo.

57. **Artículo 6.1.2:** El texto (entre corchetes) del artículo 6.1.2 supone dos excepciones muy controvertidas a la responsabilidad del porteador. En particular, la excepción del párrafo a), que en las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby se conoce actualmente como excepción de error náutico, es insostenible, ya que exonera al porteador de responsabilidad en casos de clara negligencia por parte de sus empleados. Este enfoque no tiene paralelo en ninguna convención de transporte existente, y no hay justificación para que figure en ningún nuevo régimen internacional. En la nota explicativa del proyecto de Instrumento (párr. 70) se expresa la opinión de que la excepción sigue justificándose en los casos de negligencia del piloto. Sin embargo, resulta difícilmente justificable. Desde el punto de vista de la distribución mercantil del riesgo, una de las dos partes en cualquier contrato de transporte (incluidos los de fletamento) tiene que asumir la responsabilidad de los actos del piloto. Evidentemente, el porteador se encuentra en mucho mejor posición que un cargador o consignatario para asumir esa responsabilidad y proteger sus intereses. Tradicional y contractualmente, con arreglo a la mayoría de las pólizas de fletamento normalizadas, el porteador responde al fletador de cualquier acto del piloto. Parece haber también escasa justificación para mantener una excepción separada para el caso de incendio abordó, con inversión de la carga de la prueba. El porteador quedaría exento de responsabilidad por pérdidas debidas a un incendio causado por negligencia, a menos que quien reclame las mercancías pueda demostrar la existencia de culpa o de connivencia entre empresas. La relación entre el artículo 6.1.2 y el artículo 5.4 no resulta suficientemente clara (véase el comentario a los artículos 5.4 y 6.1.3).

58. **Artículo 6.1.3:** Como se dice en las notas explicativas (párr. 74), la lista contenida en el artículo 6.1.3 “representa una versión muy modificada (pero ampliada desde varios puntos de vista) de la mayor parte de los peligros restantes exceptuados de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby”. Una cuestión que se plantea para su examen inicial es saber si, teniendo en cuenta la regla general establecida en el artículo 6.1.1, resulta aconsejable mantener esa lista. Hay que señalar que el texto de la disposición difiere considerablemente del texto del artículo IV, regla 2 de las Reglas de La Haya-Visby. Éste contiene una lista de exenciones de responsabilidad, sin ninguna indicación expresa de la carga de la prueba pertinente en relación con los hechos que se enumeran en el artículo IV regla 2, c) a p). Como consecuencia, se han expresado distintos puntos de vista sobre si un porteador seguiría estando exento de responsabilidad en el caso de que no pudiera refutar que su negligencia hubiera dado origen a una causa de exención. La disposición del artículo 6.1.3 deja en claro que, en virtud del proyecto de Instrumento, una vez que el porteador haya aducido una excepción, la carga de probar cualquier negligencia del porteador recaerá sobre quien reclame las mercancías. La relación de esta disposición con la obligación del porteador con respecto a la navegabilidad del buque (artículo 5.4) no resulta suficientemente clara, especialmente dado que el artículo 6.1.3 se ha redactado expresamente como excepción a la presunción general de culpa del artículo 6.1.1. En su redacción actual, la disposición dice: “A pesar de ... el artículo 6.1.1, ... se presumirá, a falta de que se pruebe lo contrario, que ni su culpa [la del porteador] ni la de una parte ejecutante ha originado ni ha contribuido a originar esa pérdida, ese daño o ese retraso”. Cabe argüir que quien reclame las mercancías, para refutar esa presunción, no sólo tendría que demostrar la falta de navegabilidad del buque como causa contribuyente, sino también la ausencia de la debida diligencia (es decir la

existencia de negligencia) por parte del porteador/parte ejecutante. Ello estaría en desacuerdo con el artículo IV, regla 1 de las Reglas de La Haya-Visby, que impone expresamente al porteador la carga de probar que ha empleado la diligencia debida. Además, la norma general del artículo 6.1.1 se vería privada en gran parte del efecto que pretende y su texto tendría que considerarse equívoco.

59. **Artículo 6.1.3 ii):** La disposición del artículo 6.1.3 ii) es menos específica que la del artículo IV, regla 2, g) y h) de las Reglas de La Haya-Visby. El significado del texto entre corchetes no resulta suficientemente claro.

60. **Artículo 6.1.3 iii):** La disposición correspondiente de las Reglas de La Haya-Visby, que es el artículo IV, regla 2, i) se refiere a “acto u omisión del cargador o propietario de las mercancías ...”. El proyecto de Instrumento no contiene ninguna cláusula general que corresponda a la del artículo IV, regla 3, en virtud de la cual la responsabilidad del cargador dependerá normalmente de la culpa (aunque existan reglas especiales en el artículo III, regla 5 y el artículo IV, regla 6).

61. **Artículo 6.1.3 ix):** Esta importante excepción/presunción nueva debe examinarse en relación con el artículo 5.2.2 (véase su comentario). De conformidad con el artículo 6.1.3 ix), el porteador que, como “agente” del cargador, realice cualquiera de las funciones del porteador contractualmente impuestas al cargador (posiblemente en virtud de una cláusula uniforme) quedará exonerado de responsabilidad, a menos que el cargador pueda probar la negligencia. Ello será en muchos casos imposible, ya que el cargador no tiene pleno acceso a los hechos.

62. **Artículo 6.1.3 x):** Véase el comentario a los artículos 5.3 y 5.5. La segunda línea del texto inglés parece contener un error tipográfico (“have been become”). No resulta claro si la presunción se aplicará sólo cuando las mercancías se hayan convertido efectivamente en un peligro (véase el artículo 5.3., que permite adoptar también determinadas medidas cuando “cabe considerar razonablemente” que las mercancías “pueden convertirse” en un peligro). Si así fuera, el derecho del porteador a quedar exonerado de responsabilidad sería similar al existente de conformidad con las Reglas de La Haya-Visby.

63. **Artículo 6.1.4:** Es lógico incluir una disposición clara sobre la distribución de la responsabilidad en los casos en que la pérdida se deba a una combinación de causas. Sin embargo, ninguna de las disposiciones alternativas propuestas en el artículo 6.1.4 parece adecuada. Se dice que la primera tiene por objeto conseguir el mismo efecto que con el artículo 5.7 de las Reglas de Hamburgo (véanse las notas explicativas, párr. 89), pero su redacción es deficiente. Se usa de forma inconsecuente el término “responsable” (“si la pérdida ... se deben en parte a un incidente del cual el transportista no es responsable y en parte a un incidente del cual el transportista es responsable, el transportista será responsable ...”), y no resulta claro lo que habrá que demostrar exactamente para que la disposición se aplique. La terminología “un incidente del cual el transportista (no) es responsable” no se compagina con el hecho de que en el artículo 6.1.3 se describan determinados incidentes como presunciones de ausencia de negligencia. Por ejemplo, cuando se pierda un cargamento por una explosión, el porteador aducirá la presunción de ausencia de culpa del artículo 6.1.3 iii) o vi) y quien reclame las mercancías tendrá que probar la culpa del porteador, es decir, que la causa subyacente de la pérdida fue la falta de navegabilidad del buque y que, presumiblemente, ello se debió a negligencia del porteador (véase el artículo 5.4). Si así fuera, el artículo 6.1.4

carecería de toda utilidad y el resultado *de facto* sería contrario a la intención declarada de la disposición. Otro ejemplo sería el caso de que un porteador se deshiciera de un cargamento que se hubiera vuelto peligroso (artículo 5.3) e invocara el artículo 6.1.3 x). No se sabe lo que tendría que probar exactamente quien reclamara las mercancías y pensara que el buque era inapropiado para transportarlas (es decir, que carecía de navegabilidad), dado que el derecho del artículo 5.3 se aplica “A pesar de lo dispuesto en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4”, es decir, aparentemente con independencia del cumplimiento por el porteador de la obligación de navegabilidad. Si la intención de la disposición es considerar al porteador responsable a menos que pueda probar en qué medida su negligencia no contribuyó a una infracción, habrá que volver a examinar detenidamente todas las disposiciones de los artículos 5 y 6.

64. La segunda alternativa propuesta en el proyecto de texto para el artículo 6.1.4 preocupa especialmente. Esta disposición parece haberse inspirado en el proyecto de ley del Senado de los Estados Unidos de 1999 para una nueva Ley de Transporte Marítimo de Mercancías de los Estados Unidos y no tiene paralelo en ningún régimen internacional o nacional vigente para el transporte de mercancías por mar. Si se aprobara, esa disposición cambiaría fundamentalmente la distribución de riesgos establecida entre los intereses del porteador y los de los propietarios de la carga. En todos los sistemas vigentes, incluidas las Reglas de La Haya, de La Haya-Visby y de Hamburgo (así como el la Ley de transporte marítimo de mercancías de los Estados Unidos de 1936), el porteador sólo queda exonerado de responsabilidad si puede demostrar -y en la medida en que lo haga- que una pérdida se debe a uno de los riesgos exceptuados. A falta de pruebas suficientes, responderá de toda la pérdida. Como consecuencia, el porteador responde siempre en los casos de pérdidas no explicadas. La razón de ello y, de hecho, del carácter obligatorio de los sistemas vigentes es la desigualdad intrínseca entre las partes que contratan sobre la base de un conocimiento de embarque. Hay desigualdad relacionada con la capacidad de negociación de las partes, lo que hace que las condiciones del contrato -que normalmente redacta el porteador en su propio beneficio, y no se negocian en cada caso- se presten al abuso. También hay desigualdad en relación con el acceso a los hechos que rodean a una pérdida y, por consiguiente, con respecto a las pruebas disponibles para formular una reclamación de mercancías. En la práctica, con frecuencia es imposible probar la medida en que las causas identificadas han contribuido a la pérdida. Es en esos casos cuando la distribución de la carga jurídica de la prueba pertinente resulta de importancia esencial: a falta de pruebas suficientes o concluyentes, quien soporte la carga jurídica de la prueba soportará también la pérdida. El resultado de decir que en los casos de prueba insuficiente la distribución se hará al 50% entre los intereses del porteador y los de los propietarios de las mercancías sería trasladar el beneficio de la incertidumbre, del consignatario al porteador. Como las pruebas de las causas de una pérdida, en muchos casos, se limitarán casi exclusivamente a la esfera de influencia del porteador, apartarse de los principios establecidos podría llevar también a un cambio de actitud. Los porteadores podrían sentirse menos dispuestos a investigar las causas de cualquier pérdida o daño ocurrido. Los más cínicos podrían decidir incluso deliberadamente que era más lógico, desde el punto de vista comercial, descuidar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, si su mayor riesgo, a falta de prueba, se limitaba a una responsabilidad del 50% de las pérdidas, con un límite monetario máximo. Ello

no parece aconsejable desde el punto de vista normativo, especialmente cuando se trata de Estados dedicados al tráfico de mercancías.

65. **Artículo 6.2.1 (Cálculo de la indemnización):** Esta disposición se asemeja a una parte del artículo IV, regla 5 de las Reglas de La Haya-Visby. Sin embargo, la redacción es distinta. Se alude al lugar y el momento de la entrega según el contrato del transporte. Ello no concuerda plenamente con la disposición del artículo 4.1.3 (véase también el comentario al respecto).

66. **Artículo 6.2.2:** El enfoque corresponde al del artículo IV, regla 5, b) de las Reglas de La Haya-Visby. Una solución alternativa sería decir que el valor de mercado de las mercancías sólo será pertinente *prima facie* para el cálculo y se podrá probar que la pérdida efectiva ha sido superior.

67. **Artículo 6.2.3:** Las Reglas de La Haya-Visby no dicen claramente que la suma calculada de la forma que expresan será el máximo absoluto recuperable (véase el artículo IV, regla 5, b)). Tal como la disposición ha sido redactada, no parece haber posibilidad de recuperar ninguna pérdida efectiva que exceda del valor de mercado de las mercancías (por ejemplo, el precio de venta, los gastos de transbordo o el costo adicional de la compra sustitutiva).

68. **Artículo 6.3.1 (Responsabilidad de las partes ejecutantes):** El artículo 6.3 trata de la “responsabilidad de las partes ejecutantes”. Este artículo es la disposición principal que define los derechos y obligaciones de todo el que queda comprendido en la definición de parte ejecutante del artículo 1.17. Deja en claro que las partes ejecutantes serán consideradas como porteadores durante el período a que se extiende su responsabilidad. Sin embargo, la disposición resulta problemática en una serie de aspectos:

69. De conformidad con el **artículo 6.3.1 a)**, el período de responsabilidad pertinente no se define por la recepción ni la entrega de las mercancías, como en el caso del porteador contractual, sino por el ejercicio de la “custodia” de las mercancías. Debería evitarse utilizar una terminología diferente. Quien reclame las mercancías y quiera interponer una acción contra una de las partes ejecutantes tendría que demostrar que la pérdida, daño o retraso se produjeron mientras esa parte ejecutante custodiaba las mercancías. En su redacción actual, el proyecto de Instrumento se aplicaría también a los contratos de transporte de puerta a puerta (véase el artículo 1.5). Cuando, en ese contexto, las pruebas de la pérdida, daño o retraso indicaran la responsabilidad de un porteador terrestre o aéreo, podría resultar aplicable la disposición sobre el “sistema interconectado” del artículo 4.2.1 (según el número de factores, véase el comentario al artículo 4.2.1). A falta de un alto grado de conocimientos jurídicos, habría evidentemente grandes posibilidades de confusión sobre quién podría resultar responsable en ese sistema. Como queda dicho, el ámbito de aplicación del proyecto de Instrumento debería limitarse al transporte marítimo, y debería suprimirse el artículo 4.2.1.

70. Aunque las partes ejecutantes son contratadas directamente (como subcontratistas) o indirectamente (por ejemplo, como subcontratistas de subcontratistas) por el porteador, pueden no quedar obligadas por ninguno de los acuerdos mencionados en el **artículo 6.3.1 b)**, concertados por el porteador. Como consecuencia, quien reclame las mercancías y sea parte en uno de esos acuerdos con el porteador no podrá invocar el acuerdo frente a ninguna de las partes ejecutantes. Esto causa cierta preocupación, especialmente por que el proyecto de Instrumento

no contiene ninguna disposición que obligue a un porteador contratante a subcontratar en determinadas condiciones. Además, teniendo en cuenta la definición compleja y restrictiva de “parte ejecutante”, surgen una serie de preguntas, como, por ejemplo, con quién podría convenir “expresamente” una parte ejecutante subcontratista cualquier aumento de la responsabilidad civil o de otra índole, dónde quedaría constancia de ese acuerdo y quién podría exigir su cumplimiento.

71. **Artículo 6.3.2 a):** Aunque el artículo 6.3 se titula “Responsabilidad de las partes ejecutantes”, el artículo 6.3.2 trata de las responsabilidades del porteador. En virtud de esta disposición, el porteador responde por la negligencia de las partes ejecutantes (definidas en el artículo 1.17) y de cualquier otra persona que ejecute o se comprometa a ejecutar una parte del contrato. No resulta claro por qué la responsabilidad del porteador queda “a reserva de lo dispuesto en el artículo 6.3.3”, que es una disposición que trata de los derechos de otras partes.

72. El concepto de “cualquier parte ejecutante” del **artículo 6.3.2, a), ii)** tiene que examinarse en el contexto de la definición restrictiva de esa expresión en el artículo 1.17. Un subcontratista que subcontrate a su vez la ejecución de parte del transporte no quedará comprendido en la definición de parte ejecutante, sino que, de conformidad con esta disposición, será considerado como “cualquier otra persona”.

73. De forma importante, se ha señalado que, de conformidad con el artículo 1.17, nadie contratado por el cargador o el consignatario reúne las condiciones necesarias para ser considerado “parte ejecutante”. Esto resulta especialmente pertinente en relación con los derechos actualmente incluidos en los proyectos de artículo 4.3.1 y 5.2.2, que permiten al porteador contratar con otros determinadas partes de su contrato o algunas de sus obligaciones. En esos casos, el porteador y todos sus subcontratistas, empleados o agentes no quedarían sujetos a las obligaciones de un “porteador” o una “parte ejecutante” con arreglo al proyecto de Instrumento. Así ocurriría, al parecer, cuando el porteador contratante realizara *de facto* o supervisara la realización de determinadas funciones (como la estiba), que se hubieran asignado contractualmente al cargador/consignatario de conformidad con el artículo 5.2.2. Esta situación perjudicaría claramente los intereses de los propietarios de las mercancías.

74. **Artículo 6.3.2 b):** El artículo 6.3.2 b) determina los actos y omisiones de los que se considerará responsable a una parte ejecutante. Sólo las entidades comprendidas en la definición de parte ejecutante del artículo 1.17 quedan afectadas por esta disposición. Sin embargo, no parece incluir: a) al subcontratista del porteador que subcontrate a su vez la realización de sus obligaciones con otra parte, b) al porteador que realice alguna de las funciones de porteador en calidad de “agente” del cargador/consignatario, de conformidad con el artículo 5.2.2, y c) a una parte que realice funciones en virtud del contrato de transporte, distintas de las mencionadas en el artículo 1.17. La disposición limita la responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ámbito del contrato, empleo o mandato de una persona. No incluirá normalmente la conducta ilegítima.

75. **Artículo 6.3.3:** El artículo 6.3.3 determina quién puede valerse de las excepciones y limitaciones de responsabilidad del porteador. De forma importante, las partes no comprendidas en la definición de parte ejecutante (véase el comentario del artículo 1.17) y que, por ello, no serán responsables de conformidad con el proyecto de Instrumento podrán hacer valer cualquiera de las excepciones y

limitaciones de responsabilidad del porteador. Las disposiciones protectoras incluyen en especial el plazo de un año para la reclamación, así como los límites de responsabilidad financiera y las presunciones de ausencia de culpa del artículo 6.1. Además de los empleados o agentes del porteador (como en las Reglas de La Haya-Visby, artículo IV *bis*, regla 2) y de las partes que ejecuten subcontratos, las partes que siguen se beneficiarían, al parecer, de esta disposición: a) el subcontratista del porteador que subcontrate con otra parte el cumplimiento de sus obligaciones; b) el porteador que realice cualquiera de las funciones de porteador como “agente” del cargador/consignatario, de conformidad con el artículo 5.2.2; y c) la parte que realice otras funciones en virtud del contrato de transporte que no sean de las mencionadas en el artículo 1.17. No resulta claro por qué, con arreglo al Instrumento de Transporte, esas partes se beneficiarían sin tener responsabilidad alguna.

76. **Artículo 6.3.4:** Incluir una disposición sobre la responsabilidad mancomunada y solidaria resulta lógico.

77. **Artículo 6.4.1: (Retraso):** La disposición del artículo 6.4.1, incluido el texto entre corchetes, parece lógica, ya que la entrega dentro del plazo es, evidentemente, una cuestión de importancia comercial y la introducción de normas de responsabilidad uniformes al respecto resulta conveniente, lo mismo que en los casos de pérdida o daño.

78. Hay que señalar que el artículo 4.1.3, la disposición que define el momento y el lugar de entrega de las mercancías, se refiere al “momento ... convenidos en el contrato”. El momento de la entrega es uno de los parámetros pertinentes que definen el período de responsabilidad del porteador con arreglo al proyecto de Instrumento (véase también el capítulo 10). El artículo 6.4.1 trata de la obligación del porteador de hacer la entrega dentro del plazo en los casos en que se haya convenido expresamente un “plazo de tiempo” para la entrega. Como el artículo 4.1.3 y el artículo 6.4.1 tratan de cuestiones diferentes, parecería aconsejable revisar la redacción de esas dos disposiciones, a fin de evitar cualquier confusión sobre el momento de/para la entrega.

79. **Artículo 6.4.2:** El texto, un tanto complicado, del artículo 6.4.2 establece una suma límite distinta para las pérdidas causadas por una entrega retrasada “que no se derivan de las pérdidas o los daños de las mercancías transportadas y por tanto no están abarcadas por el artículo 6.2”. No resulta totalmente claro cuál sería el efecto de esa disposición en el caso de que, por ejemplo, se hubieran estropeado (es decir, dañado) bienes perecederos a consecuencia de la entrega retrasada. El texto parece implicar que, en esos casos, el costo de, por ejemplo, un subcontrato perdido o de unas mercancías alternativas quedaría comprendido en el artículo 6.2 (como una de las pérdidas “que no se derivan de las pérdidas o los daños de las mercancías”). Sin embargo, la redacción del artículo 6.2.3 sugiere otra cosa, concretamente que el máximo recuperable de conformidad con el artículo 6.2 sería el valor de las propias mercancías (véase el comentario al artículo 6.2.3). La cuestión tiene cierta importancia, dado que se propone calcular el límite para las pérdidas comprendidas en el artículo 6.4.2 en relación con el flete. Si ello resulta conveniente es materia opinable.

80. **Artículo 6.5, Desviación:** El artículo 6.5 contiene una exención de responsabilidad separada (similar a la del artículo IV, regla 4 de las Reglas de

La Haya-Visby), que viene a añadirse a la lista de presunciones del artículo 6.1.3. Quedaría a la interpretación del proyecto de Instrumento determinar si un porteador estaría exento de responsabilidad en los casos en que la desviación resultara necesaria por negligencia del propio porteador.

81. **Artículo 6.6, Carga en cubierta:** Se trata de una disposición sumamente compleja que puede producir confusión considerable. Aunque la disposición es similar en algunos aspectos al artículo 9 de las Reglas de Hamburgo, difiere significativamente tanto en su redacción como en su contenido. Parece importante yuxtaponer este proyecto de disposición con la situación en virtud de las Reglas de La Haya-Visby y de Hamburgo.

82. Las Reglas de La Haya-Visby no se aplican al cargamento que “según el contrato de transporte, se declara colocado sobre cubierta y es en cierto modo transportado así” (artículo 1 c)). Hay que señalar que, a falta de una declaración expresa en el conocimiento de embarque, en el sentido de que las mercancías se transportarán efectivamente en cubierta, se aplicarán las Reglas de La Haya-Visby, que determinan la responsabilidad del porteador. De conformidad con las Reglas de Hamburgo (artículo 9) se permite el transporte sobre cubierta si las disposiciones legales lo exigen o si ello está en conformidad con un acuerdo contractual o con los usos del comercio, a los que debe hacerse referencia en el documento de transporte. La ausencia de una declaración en ese sentido es una prueba *prima facie* de la ausencia de un acuerdo relativo al transporte en cubierta con el cargador, y una prueba concluyente frente a terceros que hayan adquirido de buena fe el documento de transporte. Cuando se permite el transporte sobre cubierta, el porteador responde de conformidad con las Reglas de Hamburgo (es decir, por culpa, con sujeción a un límite financiero). Cuando no se permite el transporte sobre cubierta, el porteador tiene una responsabilidad objetiva (es decir, incluso en ausencia de culpa) con respecto a cualquier pérdida derivada únicamente de ese transporte sobre cubierta. Si las mercancías se transportan sobre cubierta en contra de un acuerdo contractual expreso, el porteador pierde su derecho a la limitación de responsabilidad.

83. De conformidad con el artículo 6.6.4 del proyecto de Instrumento, la carga en cubierta se permite en cierto número de casos y tiene diferentes consecuencias, según que se transporte en cubierta de conformidad con los “epígrafes” que siguen, o infringiéndolos:

a) El transporte en cubierta es admisible cuando la legislación lo exige y el transportista no es responsable de la pérdida, el daño o el retraso causado por los riesgos especiales del transporte en cubierta. Parecería que entre esos “riesgos especiales” se encuentran los daños causados por el agua de mar o la pérdida de algún contenedor transportado en cubierta. Las Reglas de Hamburgo no establecen una exención similar de responsabilidad.

b) Se permite el transporte en cubierta si las mercancías se transportan en contenedores o sobre contenedores en cubiertas especialmente adaptadas y el porteador es responsable de conformidad con las disposiciones del proyecto de Instrumento. Hay que señalar que no es obligación del porteador indicar en los datos del contrato que las mercancías se transportarán en cubierta. Además, el transporte en cubierta del cargamento en contenedores parece permitido, aunque exista un acuerdo contractual expreso de que las mercancías se transportarán bajo

cubierta. Ese acuerdo puede concertarse en los casos en que la naturaleza del cargamento requiere la protección contra los elementos, como cuando se trata de equipo electrónico sensible. Cabe defender que el porteador podría transportar el cargamento en contenedores en cubierta a pesar de un acuerdo contractual expreso en otro sentido, pero perdería el derecho al límite de su responsabilidad, de conformidad con el proyecto de Instrumento, con respecto a la pérdida o el daño a las mercancías que se debiera exclusivamente a su transporte en cubierta (artículo 6.6.4). No parece haber una razón legítima para permitir el transporte en cubierta en los casos en que haya un acuerdo en contrario. Quien reclame las mercancías soportaría los riesgos adicionales de ese transporte en cubierta y sólo tendría derecho a una indemnización superior a los límites si pudiera probar que la pérdida o el daño se debían “exclusivamente” al transporte de las mercancías en cubierta. Sin embargo, esa indemnización se calcularía de conformidad con el artículo 6.2, lo que podría significar, o no, una indemnización plena de la pérdida sufrida (véase el comentario al artículo 6.2).

c) El transporte en cubierta se permite cuando se ha convenido contractualmente o está en consonancia con las costumbres, los usos y las prácticas de comercio, o cuando “corresponde a otros usos o prácticas del comercio de que se trate”. El significado y la finalidad de esta última categoría (entre comillas) no es claro en absoluto. En los casos en que el transporte en cubierta esté de acuerdo con c), los datos contractuales deberán indicar que las mercancías se transportarán en cubierta, ya que, de otro modo, el porteador soportará la carga de probar el cumplimiento de lo dispuesto en c) y, si ha transferido a un tercero de buena fe un documento de transporte/documento electrónico negociable, ese tercero no podrá invocar esta disposición. Sin embargo, habida cuenta de la libertad general para transportar mercancías en contenedores sobre cubierta (véase b)), el porteador no tendría que recurrir normalmente a lo dispuesto en c) para esa clase de transporte. Cuando el apartado c) sea pertinente, es decir, cuando se transporten en cubierta mercancías no contenidas en contenedores, de conformidad con un acuerdo contractual o con las costumbres/usos/prácticas o como corresponde a “otros usos o prácticas del comercio de que se trate”, el porteador no será responsable de la pérdida, el daño o el retraso causado por los riesgos especiales involucrados en su transporte en cubierta (véase también el comentario al párrafo a) *supra*).

d) En los casos no comprendidos en los apartados a), b) y c), el porteador tendrá una responsabilidad objetiva por la pérdida, el daño o el retraso que sean exclusivamente consecuencia del transporte de las mercancías en cubierta (véase el artículo 6.6.2). Una vez más, quien reclame las mercancías soportará la carga de probar que la pérdida se debió exclusivamente al transporte de las mercancías en cubierta. Como puede verse, la disposición del artículo 6.6 es sumamente difícil de comprender y aplicar, y difiere de la reglamentación existente. Debería volver a redactarse por completo, quizá utilizando como modelo el texto del artículo 9 de las Reglas de Hamburgo.

84. **Artículo 6.7, Límites de responsabilidad:** Los límites del artículo 6.7.1 deberían ser claramente superiores a los establecidos en las Reglas de La Haya-Visby, ya que éstos se consideraron ya anticuados en 1978, cuando se aprobaron las Reglas de Hamburgo. Los límites de las Reglas de Hamburgo, que representan un aumento de alrededor del 25% con respecto a los de las Reglas de La Haya-Visby, se aprobaron como parte de una transacción y, en consecuencia,

pueden seguirse considerando un tanto modestos. Se podría considerar los límites utilizados en otras convenciones de transporte modernas, que son más altos. Siempre sería posible que el porteador accediera a un aumento de su responsabilidad, pero, dado que el texto adopta en lo demás la redacción correspondiente de las Reglas de La Haya-Visby (artículo IV, regla 5 a)), no resulta claro por qué el texto entre corchetes difiere del texto correspondiente de las Reglas de La Haya-Visby (artículo IV, regla 5 g)). Curiosamente, el derecho al límite del artículo 6.7.1 se aplica a la responsabilidad del porteador “por la pérdida o el daño o en relación con la pérdida o el daño a las mercancías ...”, mientras que la disposición sobre el cálculo de la indemnización del artículo 6.2 está redactada de una forma más restrictiva (de la pérdida o del daño a las mercancías”).

85. Artículo 6.8, Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad: De conformidad con el artículo 6.8, el derecho a limitar la responsabilidad se pierde en algunas circunstancias, expresadas de forma más restrictiva que en el artículo IV, regla 5 e) de las Reglas de La Haya-Visby y en el artículo 8 de las Reglas de Hamburgo. Esas circunstancias se describen como acto u omisión personal ... con la intención de causar dicha pérdida ... o imprudentemente y a sabiendas de que probablemente sobrevendría la pérdida ...”. En la práctica, “superar el límite” sería prácticamente imposible, ya que cada parte (porteador, parte ejecutante, “cualquier otra persona”) a) sólo sería responsable por los actos personales de imprudencia temeraria/intención, es decir por actos realizados a nivel de gestión de empresa y b) sólo si la pérdida o el daño ocurridos fueran deliberados o previsibles. Además, las circunstancias pertinentes enunciadas en el artículo 6.8 tendrían que ser demostradas por quien reclamara las mercancías.

86. No existe una disposición equivalente al artículo 19, 7) de las Reglas de Hamburgo, que requiere que el porteador dé aviso de la pérdida o daño si desea presentar una reclamación contra el cargador. Esa disposición debiera incluirse.

87. Artículo 6.9, Ratificación en caso de pérdida, daño o retraso: El plazo de aviso del artículo 6.9.1 corresponde al de las Reglas de La Haya-Visby, pero es más corto que el de las Reglas de Hamburgo (artículo 19) y el de otras convenciones de transporte, incluida la recientemente aprobada en Budapest Convención relativa al contrato de transporte de mercaderías por vías de navegación interior, de 2000 (artículo 23). En particular, la referencia a “antes ... del momento de la entrega” parece problemática. La redacción de la última oración del artículo 6.9.1 puede dar lugar a confusión, ya que no resulta claro si podrá prescindirse de la notificación cuando el consignatario y una parte ejecutante hayan realizado una inspección conjunta, pero la reclamación se formule contra el porteador contratante. El plazo de aviso del artículo 6.9.2 es más breve que el del artículo 19 5) de las Reglas de Hamburgo (60 días consecutivos contados desde la fecha en que las mercancías hayan sido puestas en poder del consignatario).

88. Artículo 6.10, Reclamaciones extracontractuales: Esta disposición no menciona a “cualquier otra persona” que, de conformidad con el artículo 6.3.3 pueda valerse de las mismas excepciones que un porteador o parte ejecutante. El artículo 6.10 no se refiere a estas personas ya que, de conformidad con el Instrumento, no tienen ninguna responsabilidad (véase el artículo 6.3 y la restrictiva definición de “parte ejecutante” del artículo 1.17).

7. Obligaciones del expedidor

89. La minuciosidad de las obligaciones que impone al expedidor el capítulo 7 del proyecto de Instrumento no tiene paralelo en las Convenciones vigentes de responsabilidad marítima. Se podría considerar la posibilidad de adoptar en cambio las disposiciones pertinentes de las Reglas de Hamburgo (véanse los artículos 12, 13 y 17 de las Reglas de Hamburgo).

90. **Artículo 7.1:** El artículo 7.1 requiere que el cargador entregue las mercancías preparadas para el transporte de conformidad con “las disposiciones del contrato de transporte”. La referencia al “contrato de transporte” deja abierta la posibilidad de que un porteador incluya en el contrato disposiciones de entrega onerosas. En la redacción actual, la obligación relativa al estado y el embalaje de las mercancías es mucho más detallada que la obligación de diligencia del porteador del artículo 5.2.1. La minuciosidad de la obligación puede dar origen a cierta confusión y también a problemas de prueba.

91. **Artículo 7.2:** Esta disposición impone una obligación al porteador, pero se encuentra contenida en el artículo titulado “Obligaciones del expedidor”.

92. **Artículo 7.3:** La obligación establecida en el artículo 7.3 a) y b) parecería especialmente pertinente en relación con el transporte de mercancías peligrosas. En el artículo 7.3 c) no resulta claro por qué no se mencionan los datos a que se refiere el artículo 8.2.1 a) (es decir la descripción de las mercancías). El artículo 7.3 debe examinarse juntamente con el artículo 7.5, que prevé la responsabilidad objetiva del expedidor.

93. **Artículo 7.5:** La disposición establece una responsabilidad objetiva, independiente de la culpa. Ello puede resultar inadecuado, por ejemplo, si un cargador no facilita los datos pertinentes con arreglo al artículo 8.2.1 b) y c) para su inclusión en el documento de transporte antes de la recepción de las mercancías por el porteador (como requiere el artículo 8.2.1). En ese caso, existiría una responsabilidad objetiva del expedidor por haber incumplido la obligación que le impone el artículo 7.4 de proporcionar la información “oportunamente”. No resulta totalmente claro cuál será el efecto de esa disposición con respecto a la responsabilidad de un consignatario o de una parte controladora. ¿Respondería el cargador ante el consignatario por haber facilitado datos inexactos al porteador (por ejemplo, si los datos hubieran sido complementados luego por el porteador, privando así al consignatario de elementos de prueba en una reclamación)? ¿Respondería un porteador ante un consignatario por no haber facilitado el cargador datos exactos? La redacción de esa disposición permite cierta amplitud de interpretación.

94. **Artículo 7.6:** En las Reglas de La Haya-Visby, el porteador tiene derecho a reclamar al cargador una indemnización por pérdidas derivadas de: a) el transporte de mercancías peligrosas sin conocimiento o consentimiento del porteador (artículo IV regla 6), y b) haber facilitado el capitán datos inexactos (artículo III regla 5). Comúnmente se entiende que la responsabilidad del cargador en ambos casos es objetiva (es decir, no depende de la existencia de culpa), aunque no se diga expresamente en las Reglas de La Haya-Visby y haya una norma general en el sentido de que el cargador sólo responderá normalmente en caso de culpa (artículo IV, regla 3). Puede haber opiniones diferentes sobre esta cuestión en

diferentes jurisdicciones. De conformidad con el proyecto de artículo 7.6, el cargador respondería en circunstancias similares a las del párrafo a) *supra*, pero también cuando las mercancías peligrosas hubieran sido transportadas con conocimiento y consentimiento del porteador.

95. No resulta totalmente claro en qué podría consistir un incumplimiento de las obligaciones del cargador con arreglo al artículo 7.1 que motivara la aplicación del artículo 7.6, a no ser una “pérdida, daño o lesión causada por las mercancías”. Normalmente, el porteador no responderá ante el consignatario de los daños a las mercancías que se deban a vicio propio, merma, embalaje defectuoso u otros actos u omisiones del cargador/consignatario (véanse los artículos 6.1.3 y 6.1.1). La responsabilidad del porteador hacia otros consignatarios cuyas mercancías pudieran haber resultado dañadas por las mercancías peligrosas sería una “pérdida [del porteador]” debida a las “mercancías”. Lo mismo se aplicaría a la pérdida directa para el porteador consistente, por ejemplo, en daño al buque o algo semejante. Por ello, no resulta claro qué tipo de pérdida puede sufrir un porteador como resultado del incumplimiento por el cargador de sus obligaciones del artículo 7.1, que no sea la ya descrita como pérdida, daño o lesión “debida a las mercancías”. Se requiere aclarar más esta cuestión, ya que la responsabilidad del cargador de conformidad con el artículo 7.6 se basa en la culpa, pero con inversión de la carga de la prueba y exigencia de un grado de diligencia especialmente alto (semejante al establecido en el artículo 17.2 de la CMR; véase una explicación en el comentario al artículo 6.1.1). En la práctica, sería sumamente difícil para un cargador asumir la carga de la prueba, ya que normalmente no tendría acceso a todos los hechos.

96. **Artículo 7.7:** Esta disposición extiende determinadas obligaciones y derechos de un cargador contractual a una parte identificada como cargador en las cláusulas del contrato, que “acepta” un documento de transporte/documento electrónico. En particular, esa parte tendría una responsabilidad objetiva si el cargador contractual no facilitara datos oportunos y exactos (artículos 7.5, 7.4, 7.3, 8.2.1 b) y c)) y quedaría sometida a una carga de la prueba muy alta, de conformidad con el artículo 7.6, si el cargador contractual incumpliera el artículo 7.1. La persona a que se refiere el artículo 7.7 se menciona también en el artículo 10.3.2 (instrucciones de entrega cuando el tenedor no reclama ésta) y puede verse afectada además por las disposiciones del artículo 9.3.

97. El artículo 7.7 parece plantear varios problemas. En primer lugar, no resulta claro qué es lo que equivaldría a la “aceptación” del documento de transporte/documento electrónico, dando lugar a la aplicación de esta disposición. ¿Sería suficiente para la aceptación recibir o tramitar de otro modo un documento de transporte en calidad de agente y por cuenta del cargador contractual? Si así fuera, la aplicación de la disposición parecería arbitraria. En segundo lugar, la disposición se refiere a “una persona identificada como “cargadora” en los datos del contrato”. Se podría redactar cláusulas uniformes que definieran y, en consecuencia, “identificaran” al cargador en los datos del contrato de forma que incluyera al consignatario. Véanse, por ejemplo, las cláusulas de conocimiento de embarque actualmente utilizadas, que definen al “comerciante” (“merchant”) como comprensivo de, entre otras personas, el cargador, consignador, tenedor, consignatario, etc., y dicen que tendrá la responsabilidad de un cargador en virtud del contrato. Parece que, hasta cierto punto, el artículo 7.7 daría efectos legales a cláusulas uniformes como las mencionadas. Sin embargo, y esto es sumamente

importante, la finalidad de la disposición no es clara. De conformidad con el artículo 7.7, una parte que no fuera el cargador contratante sería considerada efectivamente responsable si el cargador contratante incumpliera sus obligaciones. Esta responsabilidad vendría a añadirse a la del cargador contratante. Por qué debería ser así no resulta evidente. Quizá sea necesario volver a examinar tanto la finalidad como la redacción de esta disposición.

98. **Artículo 7.8:** De conformidad con esta disposición, el cargador respondería ante el porteador por los actos y omisiones de los “subcontratistas, empleados, agentes, y cualquier otra persona que obre, directa o indirectamente, por petición suya, o bajo su supervisión o control, ...”. Es importante señalar que, de conformidad con el artículo 5.2.2 en su redacción actual, un cargador podría tener responsabilidad contractual por algunas de las funciones del porteador. En la práctica, el porteador, naturalmente, puede realizar esas funciones “como agente del cargador” o adoptar medidas para su realización por otras partes, como estibadores, etc. En ese contexto, el artículo 7.8 parece problemático, ya que cabría considerar al cargador como responsable de los actos u omisiones del propio porteador o de partes bajo la supervisión y control de éste. Además, no resulta claro cómo se aplicaría esta disposición cuando, de conformidad con el artículo 7.7, se considerara responsable a otra persona distinta del cargador contractual. Esta parte no habría “delegado la ejecución de cualquiera de sus responsabilidades ...”, pero cabría considerarla responsable de los actos de las partes en que el cargador contractual hubiera delegado sus obligaciones.

8. Documentos de transporte y documentos electrónicos

99. La finalidad principal de toda disposición que requiera la inclusión de determinados datos en un documento de transporte/documento electrónico es garantizar que exista una prueba que deje constancia de esos datos. Esto tiene especial importancia cuando los documentos se negocian en el comercio internacional y la reclamación de las mercancías puede ser interpuesta por un tercero, que necesita probar la existencia de una pérdida, daño o retraso durante el transporte. Debe tenerse esto en cuenta al examinar las disposiciones del capítulo 8. Por desgracia, la redacción de este capítulo es especialmente compleja y varias de sus disposiciones son difíciles de comprender y aplicar. Aunque se han adoptado elementos de las Reglas de La Haya-Visby y de Hamburgo, la redacción y el contenido de las disposiciones difiere del de las reglas vigentes. Consideradas en ese contexto, el proyecto de reglas parece perjudicar gravemente los intereses de los que reclamen las mercancías.

100. **Artículo 8.1, Emisión del documento de transporte o del documento electrónico:** Esta disposición exige remitirse a las definiciones extensas y confusas del capítulo 1, y parece necesitar más atención. De conformidad con el artículo 8.1, el consignador tiene derecho a obtener un documento de transporte/documento electrónico al entregar las mercancías para su transporte. El cargador o la parte denominada cargador en el documento de transporte tiene derecho a un documento de transporte/documento electrónico negociable, a menos que esto no sea necesario de conformidad con la práctica/uso/costumbre comercial o que las partes acuerden otra cosa. De forma importante, el acuerdo de que: a) no se emitirá un documento negociable, o b) se emitirá un documento electrónico puede adoptarse “implícitamente”. Los acuerdos implícitos pueden dar lugar a problemas de prueba y puede ser preferible permitir sólo los acuerdos expresos en ambas materias. Al

parecer, la intención del redactor de la disposición fue que sólo el cargador tuviera derecho a obtener un documento de transporte o un documento electrónico “negociable”, pero la redacción del artículo 8.1 i), en relación con las definiciones del artículo 1, permite también una interpretación distinta (obsérvese que los términos “documento de transporte” y “documento electrónico” definidos en los artículos 1.20 y 1.9 no se limitan necesariamente a los documentos de transporte/documentos electrónicos no negociables).

101. **Artículo 8.2, Datos del contrato:** El artículo 8.2 enumera una serie de datos del contrato que deberán incluirse en el documento de transporte/documento electrónico emitido por el porteador. A diferencia del artículo 15.1 de las Reglas de Hamburgo, no se requiere incluir ningún acuerdo sobre el transporte en cubierta (véase, sin embargo, el artículo 6.6.3), ni indicar si algún flete será pagadero por el consignatario. Además, no se requiere incluir ninguna fecha de entrega convenida. Para mayor claridad, parecería aconsejable indicar en una disposición todos los datos que, de conformidad con el proyecto de Instrumento deberán incluirse en los “datos del contrato”. Hay que señalar que la parte a que se refiere el artículo 7.7 podría verse afectada indirectamente por el artículo 8.2, que impone una obligación al cargador contratante. Esta parte podría solicitar la expedición de un documento de transporte de conformidad con el artículo 8.1 y resultar responsable hacia el porteador por las inexactitudes de los datos contenidos en el documento de transporte, de conformidad con los artículos 7.7, 7.5 y 7.3 c).

102. Es difícil comprender por qué el cargador deberá facilitar la información relativa a las mercancías, de conformidad con el **artículo 8.2.1 b) y c)**, antes de que éstas se entreguen para su transporte. Debería bastar con disponer de esa información antes de emitir el documento de transporte/documento electrónico. Tampoco resulta claro por qué, de conformidad con el artículo 8.2.1 c), el cargador debe proporcionar datos sobre el peso, además del número de bultos/piezas o de la cantidad. Como el cargador tendría una responsabilidad objetiva si no facilitara los datos exigidos de conformidad con el artículo 8.2.1 b) y c) exacta y oportunamente (artículo 7.4), se vería obligado a pesar las mercancías, incluidas las transportadas en contenedores, en todos los casos. A la inversa, un porteador podría no quedar obligado a pesar las mercancías transportadas en contenedores (salvo cuando ello se conviniera antes del transporte y por escrito) y, en consecuencia, siempre podría incluir en el documento de transporte una cláusula limitativa (artículo 8.3.1 c)), que destruyera el valor probatorio de toda declaración relativa al peso de un contenedor (artículo 8.3.3). Es difícil comprender por qué debería recaer sobre el cargador/consignatario el costo de pesar las mercancías transportadas en contenedores, sin que ello le beneficiara en absoluto. Hay que señalar que el cargador tendría también derecho normalmente a limitar la declaración sobre el contenido de un contenedor sellado (artículo 8.3.1 b)). En el caso del transporte en contenedores, el documento de transporte sería por ello, con frecuencia, inadecuado para probar una pérdida o una entrega insuficiente durante el transporte. En el caso de las mercancías no transportadas en contenedores, el porteador podría incluir también una cláusula limitativa, siempre que fuera poco “razonable comercialmente” verificar la cantidad o el peso de las mercancías (véanse los artículos 8.3.1 a) y 8.3.2 a)). Evidentemente, se puede debatir qué es lo comercialmente razonable. En el transporte a granel, el documento de transporte podría ser igualmente de valor limitado como recibo constitutivo de prueba.

103. Una disposición como la del **artículo 8.2.1 e)** que exigiera la inclusión del nombre y la dirección del porteador en los datos del contrato sería evidentemente de

cierta ayuda para los intereses de los propietarios de las mercancías a fin de poder identificar al porteador contratista en el escaso tiempo disponible para las reclamaciones (artículo 14.1). Sin embargo, puede ser aconsejable exigir información sobre el establecimiento principal del porteador, ya que ello proporcionaría la indicación más fiable de dónde podría ser localizado.

104. **El artículo 8.2.1 f)** requiere la inclusión de una fecha en los datos del contrato. La fecha del envío que figura en un documento de transporte tiene especial importancia comercial, por ejemplo cuando las mercancías se venden en condiciones de transporte marítimo (c.i.f., f.o.b.), en una serie de contratos. En este contexto, preocupa que la última propuesta alternativa del artículo 8.2.1 f) iii) permita incluir la fecha de expedición del documento de transporte/documento electrónico, en lugar de la fecha de recepción o de envío de las mercancías. En sí misma, la fecha de expedición es sólo de una pertinencia limitada. Todo documento de transporte/documento electrónico debería incluir la fecha de: a) el envío de las mercancías o, según el caso, b) la recepción de las mercancías (con la posibilidad de convertir ese documento en un documento electrónico “embarcado” al cargar las mercancías en el buque, si se exigiera esta información).

105. **Artículo 8.2.3, Firma:** El artículo 8.2.3 b) establece los requisitos de firma pertinentes en los casos en que se haya emitido un documento electrónico. No resulta claro por qué la definición de “firma electrónica” difiere de la del artículo 2 a) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas, aprobada en 2001. Hay que señalar que en el artículo 8.2.3 b) se dice que la firma electrónica indica “la autorización ... respecto del documento electrónico”, y no que “aprovecha la información recogida en” el documento electrónico (de acuerdo con la definición de firma electrónica de la Ley Modelo de la CNUDMI). Sin embargo, no resulta claro si se ha pretendido alguna diferencia sustantiva.

106. **Artículo 8.3.1, Circunstancias en que el porteador puede introducir una limitación ...:** Parece haber un problema especial con la redacción del artículo 8.3.1 a). De conformidad con el apartado ii) de la disposición, se da al porteador el derecho a sustituir cualquier información facilitada por el cargador que considere inexacta. La estructura de la disposición indica que también en esos casos se aplicaría el párrafo introductorio del artículo 8.3.1 y se permitiría al porteador incluir una cláusula limitativa. Sin embargo, esto resulta evidentemente injustificado y no puede ser la intención de la disposición. Por lo que se refiere a la aplicación de la disposición del artículo 8.3.1 c), véanse las preocupaciones expresadas en los comentarios al artículo 8.2.1.

107. **Artículo 8.3.2, Medios razonables de verificación:** De conformidad con el artículo 8.3.2 b), se presumirá que el porteador ha actuado de buena fe cuando emita un documento de transporte/documento electrónico que contenga cláusulas limitativas. En la práctica, sería evidentemente muy difícil para un (tercero) reclamante de las mercancías probar que un porteador no había actuado de buena fe. Cabe aducir que la inversión de la carga de la prueba induciría al abuso, ya que un porteador irresponsable podría hacer caso omiso efectivamente de las condiciones del Instrumento, incluyendo una cláusula limitativa en el documento de transporte/documento electrónico.

108. **Artículo 8.3.3, Prueba concluyente y prueba semiconcluyente:** La finalidad de esta disposición, que se basa libremente en el artículo III, regla 4 de las Reglas de La Haya-Visby, es preservar el valor probatorio del documento de transporte/documento electrónico emitido en una reclamación de mercancías. Esto

es de especial importancia, dado que un tercero consignatario, sin relación con el cargador inicial, puede no tener otra prueba disponible que lo que se entregó al porteador para el transporte. Sin embargo, el efecto práctico de esta disposición sería mínimo, considerada en su contexto, en vista de las demás disposiciones del capítulo.

109. **Artículo 8.4.2, Falta de identificación del porteador:** El artículo 8.4.2 contiene una importante disposición que salvaguarda la capacidad de quien reclame las mercancías para identificar al porteador y, de esa forma, iniciar una reclamación en la jurisdicción competente, dentro del plazo breve y estricto (artículo 14.1). La disposición establece una presunción de que el propietario inscrito de un buque que transporte las mercancías es el porteador. Resulta necesaria, en particular cuando un buque de transporte opera en virtud de un contrato de fletamento y el fletador puede ser el porteador contratante. Sin embargo, no resulta claro por qué el propietario inscrito podría rechazar la presunción si el buque fuera fletado sin tripulación. Es cierto que, en un fletamento de esta índole, el propietario inscrito no interviene en la dirección del buque y, por consiguiente, no sería considerado porteador. Sin embargo, en interés de la protección eficaz de los derechos legales del consignatario a interponer una reclamación de las mercancías, parecería de importancia vital garantizar que se considerase responsable a esa parte si el porteador contratante no pudiera ser identificado. Si la presunción del artículo 8.4.2 puede refutarse, los derechos de quien reclame las mercancías dependerán en realidad de si el fletador sin tripulación posee algunos activos. Además, este fletador podría alegar que no era el porteador contratante, en cuyo caso quien reclamara las mercancías estaría en la misma situación que si no se aplicara ninguna presunción. Peor aún: para entonces, toda posibilidad de reclamar contra el verdadero porteador contratante (por ejemplo, el fletador por tiempo determinado) habría prescrito probablemente (véase el artículo 14). La disposición sólo es aplicable en los casos en que se ha expedido un documento de transporte “embarcado”. No hay una presunción equivalente aplicable a los casos en que las mercancías se entregan para su transporte en una terminal de contenedores, y se pierden o dañan antes de su envío. Sin embargo, el plazo de prescripción, breve y estricto, se aplica en todos los casos.

9. Flete

110. El capítulo que trata del flete intenta resolver cuestiones actualmente no comprendidas en el régimen internacional. El derecho relativo al flete depende de las legislaciones nacionales pertinentes y cabe suponer que en las diferentes jurisdicciones existe una diversidad considerable de normas. Por ello, todo intento de redactar reglas uniformes en esta materia debe hacerse con especial cuidado. En particular, se debe examinar el contenido de las disposiciones que benefician a los porteadores y no a los intereses de los propietarios de las mercancías, para determinar la conveniencia de su inclusión en un régimen internacional. En general, las normas contenidas en este capítulo parecen favorecer considerablemente los intereses del porteador. Por ello, queda abierto el debate de si debe incluirse el capítulo.

111. **Artículos 9.1 y 9.2:** Las reglas establecidas en estas disposiciones determinan cuándo se devenga el flete y es pagadero. Parecen concordar con las cláusulas normalizadas de los conocimientos de embarque actualmente utilizados. A falta de un derecho obligatorio en la materia, los problemas relativos al pago del flete quedan sometidos por lo general al acuerdo contractual. Sin embargo, resulta

dudoso si las reglas establecidas en los artículos 9.1 y 9.2 deben adoptarse internacionalmente. Esas disposiciones no se ocupan de problemas que han surgido en la práctica actual, por ejemplo, en los casos en que se han expedido conocimientos de embarque a fletadores que han enviado mercancías en virtud de un contrato de fletamento. En esos casos, el conocimiento de embarque puede incorporar todas las disposiciones de la póliza de fletamento, incluidas las del flete, pero el consignatario al que el fletador haya transferido ese conocimiento de embarque quizá no conozca su contenido. Por lo tanto, puede quedar obligado por un acuerdo en virtud del cual el transporte haya devengado un flete sin que exista una indicación clara al respecto en los datos del contrato. Las disposiciones de los artículos 9.1 y 9.2 a) quedan sometidas al acuerdo contractual y, por consiguiente, no darán al consignatario indicación alguna de si responderá o no del flete. Resulta especialmente preocupante el artículo 9.2 b). Esa disposición dice que una vez que se haya devengado, el flete seguirá siendo pagadero aunque las mercancías se pierdan, resulten dañadas “o por otra razón no se entregan al consignatario de conformidad con las disposiciones del contrato [...] independientemente de la causa de dicha pérdida, dicho daño o dicha falta de entrega”. Tal como está redactada, la disposición no parece quedar sometida al acuerdo contractual. No hay razón para que así sea (aunque pueda ser improbable que un porteador desee apartarse contractualmente de esa disposición). Sin embargo, lo que es más importante es que, con arreglo al artículo 9.2 b), el derecho al flete no se verá afectado ni siquiera en caso de falta grave del porteador, como el robo de las mercancías. Resulta dudoso que ello concuerde con el derecho vigente en todas las jurisdicciones y también que la disposición se justifique.

112. **Artículo 9.3:** En el proyecto de Instrumento no se indica en parte alguna lo que significa “otras cargas que se deriven en el transporte de las mercancías” (véase el **artículo 9.3 a)**), en particular si pueden incluir las sobrestadías en el puerto de carga o de descarga.

113. No resulta claro por qué el **artículo 9.3 b)** introduce una disposición aparentemente imperativa en beneficio exclusivo del porteador, aunque la reglamentación del flete está sometida en general al acuerdo contractual. Las partes deben poder convenir libremente sobre las cuestiones a que se refiere el artículo 9.3 b). El porteador, si lo desea, está en condiciones de proteger su posición redactando cláusulas contractuales apropiadas para su inclusión en el documento de transporte. Tal como está redactada, la disposición haría que el porteador o la parte designada como cargador siguiera siendo responsable aunque el contrato dijera otra cosa. Además, la redacción del artículo 9.3 b) ii) (en conjunción con la frase introductoria del artículo 9.3 b)) parece indicar que la parte identificada como cargador en los datos del contrato “seguirá” siendo responsable del pago de cualesquiera sumas en virtud del contrato de transporte, que esa parte nunca ha convenido en pagar. Ello, evidentemente, sería difícil de justificar. Por lo que se refiere al texto de la disposición del artículo 9.3 b) ii), no resulta claro lo que se quiere decir exactamente con “cualquier cantidad pagadera al transportista con arreglo al contrato de transporte”, ni por qué se ha incluido una referencia a “una seguridad adecuada en virtud del artículo 9.5”. En el artículo 9.3 b) iii), la referencia al artículo 12.4 es muy desafortunada. El artículo 12.4 dice que tanto la persona que haga la transferencia como la que la reciba serán responsables mancomunada y solidariamente si la transferencia de los derechos por cesión “incluye la transferencia de responsabilidades”. No resulta claro si esto se determinará por la ley aplicable al contrato de transporte o a la cesión, o por el propio contrato de

transporte. Por consiguiente, no resulta claro cuál será el efecto del artículo 9.3 b) en el caso de que se trate.

114. Artículo 9.4 (flete pagado de antemano y declaraciones sobre el pago del flete): Esa disposición es de particular interés para un tercero consignatario que pueda haber comprado las mercancías con arreglo a un contrato de servicios prolongados c.i.f., c.&f., o f.o.b, y se encuentre con una reclamación de flete de un porteador al que no se haya pagado. Resulta lógico prever claramente en el proyecto de Instrumento que una parte que no sea el cargador contractual original podrá actuar de forma concluyente contra el porteador sobre la base de una declaración hecha en el documento de transporte/documento electrónico en el sentido de que el flete se ha pagado de antemano. Esto corresponderá también a la situación jurídica en la mayoría de las jurisdicciones. Sin embargo, la disposición, tal como está redactada, no ofrece ninguna protección a quien compre (cargador) unos servicios prolongados f.o.b. y obtenga de su vendedor (consignador) un documento de transporte/documento electrónico que indique “flete pagado de antemano”. No resulta claro por qué un porteador podrá declarar inexactamente que el flete se ha pagado de antemano si no es así, ni por qué una parte que confíe en el documento habrá de soportar el riesgo que acompañe a esa práctica. El artículo 9.4 b) prevé adecuadamente que una declaración de “flete pagadero” en los datos del contrato indicará al consignatario o tenedor que puede ser responsable del flete. Esa disposición, sin embargo, no se ocupa de la cuestión de qué ocurriría si los datos del contrato indicaran simplemente “flete pagadero de conformidad con la póliza de fletamento”. Un consignatario o tenedor puede descubrir que es responsable del pago del flete de esa póliza, aunque, según su contrato con el cargador (en calidad de vendedor), el flete hubiera debido ser pagado por esa parte. Puede ser conveniente incluir una disposición semejante al artículo 15 1) k) y al artículo 16 4) de las Reglas de Hamburgo, que trate de proteger al tercero consignatario en los casos en que el documento de transporte no indique que el flete será pagadero por un tercero consignatario o tenedor.

115. Artículo 9.5: El artículo 9.5 a) da al porteador un privilegio sobre el cargamento y el derecho a vender las mercancías a falta de pago o de una “seguridad adecuada”. Sus derechos dependerán de que exista responsabilidad por determinados tipos de obligaciones de pago, de conformidad con la legislación nacional aplicable al contrato de transporte. Esa disposición da origen a una serie de preocupaciones importantes que pueden aconsejar su supresión:

1) Al referirse a legislación nacional, se introduce un grado considerable de incertidumbre, ya que la identificación de la legislación nacional aplicable dependerá de las reglas de conflicto de leyes del foro en que se resuelva la controversia por vía judicial o arbitral. En algunas jurisdicciones, esas reglas pueden ser distintas según que la reclamación se formule en virtud de un contrato de transporte o de un documento “negociable”. Esa disposición introduce un enfoque “intercomunicado” en lugar de un enfoque “uniforme”. Como consecuencia, se pierden las ventajas de la reglamentación uniforme y se produce un alto grado de incertidumbre.

2) Al dar preferencia a la legislación nacional sobre un acuerdo contractual en contrario (véase el texto entre corchetes del artículo 9.5 a)), la disposición aumenta la incertidumbre mencionada en el párrafo 1) hasta un grado inaceptable: no sólo tendrán las partes que identificar la legislación aplicable pertinente y sus normas sustantivas, sino que cualquier acuerdo contractual que hayan concertado carecerá de importancia y será equívoco. No parece justificado permitir al porteador valerse

de la legislación nacional, si contractualmente ha convenido otra cosa. Una vez más hay que subrayar que los porteadores deben ser perfectamente capaces de proteger sus intereses mediante la inclusión de cláusulas en sus contratos uniformes.

3) La redacción de las distintas situaciones en que un porteador tendría derecho a un privilegio y a la venta de cualesquiera mercancías no resulta satisfactoria. El artículo 9.5 a) i) a iii) se refiere a diversos tipos de responsabilidad expresados en términos muy vagos. Determinar si existe alguna responsabilidad por parte del consignatario de conformidad con la legislación aplicable a un contrato requiere un grado considerable de conocimientos jurídicos y no es una cuestión que un porteador pueda ni deba decidir rápidamente y actuar en consecuencia ejerciendo su “derecho” a vender las mercancías. En particular, en lo que se refiere a “los daños debidos al porteador en virtud del contrato de transporte” (véase el artículo 9.5 a) ii)) resulta evidente lo inapropiado que sería el enfoque propuesto. El porteador se encontraría en la posición de juez, jurado y encargado de hacer cumplir cualquier derecho por los daños que reclame. Evidentemente, esto tampoco favorece realmente los intereses de los porteadores, ya que un error de apreciación por parte de un porteador podría provocar una serie de litigios, exponiéndolo a gastos jurídicos importantes y a una responsabilidad sustantiva.

4) El artículo 9.5 b) da al porteador derecho a vender las mercancías si el pago a que se refiere el apartado a) no se ha efectuado (en su totalidad). La disposición no se refiere a otra garantía que el pago y no especifica ningún plazo para utilizar este recurso drástico. Además, dice de forma un tanto vaga que el saldo del producto de la venta, después de deducir “las cantidades que se le debieran” (hay que suponer que en virtud del artículo 9.5 a)) “se pondrá a disposición del consignatario”. Tal como está redactada, la disposición favorecería claramente los litigios.

10. Entrega al consignatario

116. El artículo 10.1 establece una nueva obligación del consignatario de aceptar “la entrega de las mercancías en el momento y el punto mencionados en el artículo 4.1.3”. El porteador no está obligado a informar al consignatario de la llegada de las mercancías. Si el consignatario “no acepta la entrega”, el porteador no será responsable de las mercancías salvo en los casos de imprudencia o en que el porteador haya causado intencionalmente daños a las mercancías o su pérdida. Si bien la obligación de hacerse cargo de las mercancías sólo se plantea cuando el consignatario ejerce alguno de sus derechos en virtud del contrato de transporte, esta cuestión está sujeta a interpretación. Es obvio que un consignatario que, como cargador, exigiera la emisión de un conocimiento de embarque en virtud del artículo 8.1 ii) o ejerciera cualquiera de los derechos que tuviera como parte controladora en virtud de artículo 11.1 se vería afectado. La obligación es estricta (independientemente de la falta) y el consignatario incumpliría su obligación incluso en los casos en que tardara en hacerse cargo de las mercancías. No está claro por qué razón un porteador que permanezca a cargo de las mercancías después de su llegada al punto de destino no debe tener al menos cierta obligación de actuar con la debida diligencia.

117. El artículo 10.3 contiene reglas detalladas y complejas sobre la obligación de entrega del porteador y el artículo 10.4 contiene reglas igualmente detalladas y complejas sobre los derechos del porteador en caso de que el consignatario no se

haga cargo de las mercancías. La redacción de las disposiciones es demasiado compleja para dar a los porteadores una orientación clara y fiable cuando deban decidir cómo actuar en función de lo requerido o permitido por el Instrumento. A continuación se resumen a grandes rasgos el contenido y el efecto de las disposiciones. Cuando no se haya expedido ningún documento de transporte negociable ni ningún documento electrónico negociable, la parte controladora notificará al porteador el nombre del consignatario y el porteador hará entrega de la mercancía a dicha persona una vez comprobada su identidad (artículo 10.3.1). Si se ha expedido un documento de transporte o un documento electrónico negociable, el tenedor de tal documento tendrá derecho a reclamar la entrega de las mercancías previa devolución del documento o de los documentos originales (o de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 2.4) (artículo 10.3.2 i)). Sin embargo, si el tenedor no reclama la entrega de las mercancías tras su llegada al lugar de destino, el porteador tendrá derecho a solicitar instrucciones de entrega a la parte controladora o, de no poder localizar a ésta, al cargador o a la persona a la que corresponda la función de cargador en virtud del contrato (véase el artículo 7.7). Al hacer entrega de las mercancías conforme a estas instrucciones, el porteador queda liberado de su obligación, aun cuando no se haya devuelto el documento de transporte negociable (o aun cuando el documento electrónico todavía sea válido). De no recibir instrucciones para la entrega, el porteador tiene derecho a ejercer los derechos que le corresponden en virtud del artículo 10.4, es decir, a almacenar y desembalar las mercancías o a obrar de otra forma respecto de las mercancías, si el cargador considera que así lo requieren razonablemente las circunstancias y, por último, a vender las mercancías (artículo 10.4.1.b)). Si el porteador vende las mercancías, tiene derecho a deducir las cantidades necesarias para “abonar o reembolsar los gastos que se hayan realizado respecto de las mercancías” y para “abonar o reembolsar cualquier otra cantidad que se mencione en el artículo 9.5 a) y que se adeude al porteador”. Antes de ejercer esos derechos, el porteador puede notificar la llegada de mercancías a la parte mencionada en el contrato, al consignatario o a la parte controladora, o al cargador. El porteador que ejerza derechos en virtud del artículo 10.4.1 sólo será responsable de la pérdida de las mercancías o de los daños sufridos por éstas si se han causado intencionadamente y a sabiendas de que probablemente se produciría esa pérdida, o si son fruto de una imprudencia personal.

118. En la forma en que figuran redactados, los párrafos 3 y 4 del artículo 10 no parecen razonables. Se confieren al porteador enormes derechos a disponer de las mercancías en caso de que el consignatario o el titular, por la razón que sea, no puedan hacerse cargo de las mercaderías cuando éstas llegan a su punto de destino (de conformidad con el artículo 4.1.3). En última instancia, el porteador tiene derecho a vender el cargamento y a satisfacer las reclamaciones con el producto de dicha venta. No obstante, la cuestión de si en ese momento se adeudan fondos efectivamente al porteador puede ser objeto de muchas controversias y tal vez de largos pleitos (obsérvese que el artículo 9.5 es, de por sí, una disposición muy problemática; véanse las observaciones al respecto). La parte que reclamara el cargamento quedaría con una demanda contra el porteador, mientras que éste dispondría efectivamente de un derecho legal de compensación por las reclamaciones potencialmente controvertibles. Además, el porteador no resultaría prácticamente nunca responsable de la pérdida de las mercancías ni de los daños sufridos por éstas mientras estuvieran bajo su custodia después de llegar a su

destino. Por último, el porteador no sería responsable de no entregar las mercancías una vez devuelto un documento de transporte negociable si actuaba siguiendo las instrucciones de entrega dadas por la parte controladora o por el cargador.

119. En efecto, las disposiciones parecen sancionar el derecho de autoprotección del porteador en todos los supuestos en que el consignatario se demore en hacerse cargo de las mercancías tras su llegada al punto de destino. Si bien es comprensible que preocupen las situaciones en que no se recojan las mercancías en su lugar de destino, convendría que al tener en cuenta esta preocupación se ponderaran los intereses legítimos de los porteadores y de los consignatarios. Es preciso reconocer que las disposiciones del artículo 10.3 y 10.4 confieren amplios derechos al porteador sin tomar en modo alguno en consideración la postura del consignatario. En particular, convendría señalar que toda modificación de los principios establecidos en el sentido propuesto iría en detrimento de los derechos de los terceros tenedores de un “documento de transporte negociable”. Tradicionalmente, un conocimiento de embarque “negociable” confiere al titular el derecho exclusivo a reclamar la entrega de mercancías previa devolución del documento. Así pues, al disponer del documento, el tenedor viene a poseer, de hecho, las mercancías. Esta es la base sobre la cual se ha desarrollado y se realiza el comercio internacional con las condiciones de porteo (c.i.f., c.f., f.o.b.). El artículo 10.3.2 iii) dispone que el porteador, en determinadas circunstancias, podrá no incurrir en responsabilidad si no entrega las mercancías al tenedor de un conocimiento de embarque previa devolución del documento. No está claro por qué es así, dado que el porteador que deseara eludir los problemas derivados de las demoras en los conocimientos de embarque sobre papel podría celebrar el contrato por medios electrónicos.

11. Derecho de control

120. Los capítulos 11, 12 y 13 regulan cuestiones de gran complejidad que actualmente no se rigen por ninguna convención internacional pero que están sujetas a diversas leyes nacionales. En su forma actual, las disposiciones de estos capítulos no parecen reflejar suficientemente el consenso internacional sobre los conceptos utilizados y los derechos descritos. Además, la estructura de los capítulos, así como la redacción de las distintas disposiciones, es problemática y puede originar una notable confusión. En este contexto, cabe recordar que para que una reglamentación internacional pueda prosperar es indispensable que sea clara y fácil de aplicar. Parece aconsejable que se supriman los capítulos 11 a 13 del anteproyecto de Instrumento y que vuelva a examinarse si procede o no reglamentar la cuestión en este momento. Si se decide mantener estos capítulos en el Instrumento, se presentarán ulteriormente observaciones más detalladas sobre los efectos de cada una de sus complejas disposiciones.

121. El capítulo 11 regula el derecho de control, una cuestión que nunca ha sido objeto de reglamentación internacional uniforme. Las reglas enunciadas en este capítulo requieren un examen detenido de diversas definiciones (capítulo 1). Lamentablemente, la redacción del texto de las disposiciones es muy deficiente y el capítulo adolece de falta de coherencia. Las continuas remisiones entre disposiciones dificultan su comprensión y aplicación. El **artículo 11.1** define el derecho de control; el **artículo 11.2** enuncia reglas detalladas sobre las partes controlantes y, en cierto grado, la transferencia y el ejercicio del derecho de control.

En el **artículo 11.3** se fijan las condiciones con arreglo a las cuales el porteador debe cumplir las instrucciones recibidas conforme al artículo 11.1 i) a iii). La relación de estas disposiciones entre sí y con las disposiciones del capítulo 12 es compleja. Para hacer observaciones, es preciso analizar algunas disposiciones en su contexto.

122. En virtud del artículo 11.1, la parte controladora tiene derecho a dar instrucciones respecto de las mercancías, inclusive sobre la entrega de las mercancías en el lugar de destino. Concretamente, el artículo 11.1 dispone que dicha parte tiene derecho a: i) dar o modificar instrucciones respecto de las mercancías que no constituyan una variación del contrato de transporte; ii) pedir la entrega de las mercancías antes de su llegada al lugar de destino; iii) sustituir al consignatario por cualquier otra persona; y iv) acordar con el cargador la modificación del contrato. No obstante, con excepción del derecho a acordar la modificación del contrato, el ejercicio de todos los demás derechos mencionados en el artículo 11.1 i) a iii) está sujeto al artículo 11.3. En ese párrafo se dispone (con cierto detalle) que el porteador sólo deberá ejecutar las instrucciones mencionadas en el artículo 11 i) a iii) cuando esta ejecución pueda hacerse razonablemente y no cause interferencias ni gastos, etc., al porteador. De lo contrario, el porteador no está obligado a dar cumplimiento a las instrucciones. No obstante, si el porteador decide cumplirlas, puede exigir una garantía a la parte controladora. Las partes pueden modificar mediante acuerdo las disposiciones del artículo 11.1 ii) y iii) y del artículo 11.3. De conformidad con el artículo 11.4, las mercancías que se entreguen antes de llegar a su lugar de destino de conformidad con las instrucciones recibidas por la parte controladora en virtud del artículo 11.1 ii) se considerarán entregadas en el lugar de destino y el capítulo 10 será aplicable a la obligación de entrega. En virtud del artículo 11.5, el porteador tiene derecho a exigir instrucciones, documentos o información a la parte controladora o, de no poder localizar a ésta, al cargador o a la persona designada como tal (véase el artículo 7.7).

123. Efectivamente, la lista de derechos enunciada en el artículo 11.1 corresponde a los derechos de un cargador contratante en virtud de un contrato de transporte, concretamente a los derechos a dar ciertas instrucciones y a acordar la modificación del contrato. No se hace expresamente referencia al derecho a exigir la entrega de las mercancías en el lugar de destino, pero este derecho parece quedar englobado en el derecho general a dar instrucciones. En vez de enunciarse simplemente en el artículo 11.1 que sólo existe un derecho a dar instrucciones razonables, se han fijado en otra disposición (el artículo 11.3) trámites y requisitos muy largos y complicados. Los derechos a dar instrucciones en virtud del artículo 11.1 i) a iii) son derechos limitados, que también pueden excluirse por la vía contractual. La finalidad y el objetivo de la reglamentación del derecho de control debería consistir en enunciar reglas claras y simples para determinar qué tipos de instrucciones debe cumplir un porteador y quién debe darlas. Desde una perspectiva general, las disposiciones del artículo 11 no tienen ninguna utilidad.

124. El artículo 11.2 regula la función de la parte controladora y, en cierto grado, la transferencia del derecho de control. En este párrafo se hace una distinción en función del tipo de documentación normal o electrónica empleada y la disposición debe estudiarse en el contexto de las reglas del artículo 12. Es sumamente lamentable que los artículos 11.2 y 12 no se enuncien en función del contexto,

creando así una notable confusión. A grandes rasgos, el artículo 11.2 dispone lo siguiente:

1) Cuando no se haya emitido un documento de transporte negociable ni un documento electrónico negociable este supuesto incluye la situación en que se haya emitido un documento sobre papel o electrónico no negociable, como (una carta de porte marítimo), o cuando no se haya emitido ningún documento de transporte. En virtud del artículo 11.2 a), el cargador será la parte controladora, a no ser que el contratista y el consignatario acuerden que no sea otra persona y que el cargador se lo notifique así al porteador. La parte controladora podrá transferir el derecho de control (el transferidor o el beneficiario de la transferencia deberán notificar al porteador al respecto), pero este derecho puede restringirse o excluirse por vía contractual (artículo 11.6). El ejercicio del derecho de control (es decir, la facultad para dar instrucciones en virtud del artículo 11.1) requiere que la parte controladora asegure la identificación. Conviene señalar que los mecanismos de transferencia del derecho de control no están especificados en el proyecto de Instrumento, pero que con arreglo al artículo 12.3 esa transferencia podrá efectuarse “de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional aplicable al contrato de transporte relacionado con la transferencia de derechos”. No obstante, el artículo 12.3 agrega que la transferencia no puede efectuarse mediante la transmisión de un documento sobre papel o de un documento electrónico, pero que puede efectuarse electrónicamente, para lo cual es preciso que el transferidor y el beneficiario de la transferencia notifiquen al porteador al respecto. El artículo 12.4 dispone que “si la transferencia de derechos en virtud de un contrato de transporte ... incluye la transferencia de responsabilidades que estén relacionadas con el derecho que se transfiere o que se deriven de dicho derecho, la persona que hace la transferencia y la que la recibe son responsables conjunta y solidariamente ...”.

2) Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable, el tenedor (artículo 1.12) de todos los originales será la única parte controladora (la palabra “única” no se emplea en relación con la parte controladora en el apartado a) del artículo 11.2). No está claro quién sería la parte controladora si hubiera varios originales en posesión de distintas personas. El tenedor podrá transferir el derecho de control transfiriendo (todos los originales del) el documento a la otra parte de conformidad con el artículo 12.1. A fin de ejercer los derechos derivados del artículo 11.1, se puede requerir al tenedor que presente (todos los originales del) el documento y, una vez que el tenedor haya dado instrucciones en virtud de los incisos ii), iii) y iv) del artículo 11.1, éstas deberán enunciarse en el documento.

3) Cuando se haya emitido un documento electrónico negociable, el tenedor será la única parte controladora y podrá transferir el derecho de control de conformidad con el artículo 2.4. A fin de ejercer cualquier derecho en virtud del artículo 11.1, se podrá requerir al tenedor que presente pruebas de su condición de tenedor conforme al artículo 2.4. Una vez que el tenedor haya dado instrucciones con arreglo a los incisos ii), iii) y iv) del artículo 11.1, éstas deberán figurar consignadas en el documento electrónico. Dado que el propio artículo 2.4 sólo dispone que las partes pueden acordar un protocolo de procedimiento, la disposición del artículo 11.1 reafirma efectivamente que la transferencia del derecho de control se rige por acuerdo contractual.

12. Transferencia de derechos

125. Las disposiciones del capítulo 12 regulan el mecanismo de transferencia de derechos “dimanantes de un contrato de transporte” o “incorporados” a un documento de transporte o a un documento electrónico negociable. Estos derechos abarcan efectivamente el derecho de control enunciado en el capítulo 11, incluido el derecho a exigir la entrega de las mercancías en el punto de destino. Además, el capítulo 12 contiene reglas sobre los efectos de una transferencia. Se propone que se reconsidere la totalidad del texto y la estructura de las disposiciones y, de forma más general, la inclusión del capítulo en el proyecto de Instrumento.

126. El **artículo 12.2.2** dispone que un titular que no sea el cargador y que ejerza cualquier derecho en virtud del contrato de transporte “asume cualquier responsabilidad que le imponga el contrato en la medida en que dicha responsabilidad esté incorporada al documento de transporte negociable o al documento electrónico negociable o se pueda determinar sobre la base de dichos documentos”. En su forma actual, la disposición parece beneficiar considerablemente a los portadores. La disposición permitiría a los portadores contratantes incluir en el documento de transporte o en el documento electrónico cláusulas normalizadas para que toda responsabilidad que tenga el cargador (tanto en virtud del contrato como del proyecto de Instrumento) se haga extensiva al tenedor del documento de transporte o del documento electrónico. Por ejemplo, en una cláusula normalizada podría estipularse que toda persona que entrara en una amplia definición del término “comerciante” (incluidos el expedidor, el cargador, el consignatario, el tenedor, etc.) sería responsable del pago del flete, de las demoras y de los gastos, así como de las pérdidas resultantes de la expedición de una carga peligrosa o de la imprecisión de los detalles contractuales.

127. En virtud de las Reglas de La Haya-Visby, la situación es la siguiente: 1) las Reglas de La Haya-Visby no regulan el flete y las demoras. La eficacia de la cláusula a este respecto dependería del derecho pertinente que fuera aplicable al contrato. 2) En virtud del artículo III.5, únicamente el cargador es responsable de las pérdidas debidas a la imprecisión de los detalles del contrato. El porteador responderá ante el consignatario, pero seguirá teniendo derecho a una indemnización del cargador. Es obvio que cualquier cláusula contractual que impusiera responsabilidades a una parte que no fuera el cargador sería incompatible con el artículo III.8 y, por tanto, nula y sin efecto. 3) En virtud del artículo IV.6, el cargador es responsable de las pérdidas debidas al envío de mercancías peligrosas sin el conocimiento ni el consentimiento del porteador. La posibilidad de que esa responsabilidad sea transferida a un tercero endosatario de un conocimiento de embarque es controvertida y varía de un ordenamiento jurídico a otro. En virtud del artículo 12.2.2 del proyecto de Instrumento, toda cláusula por la que se imponga alguna de las obligaciones del cargador (o todas ellas) a un tenedor tercero sería eficaz. No está claro cómo podría justificarse esto. Habida cuenta del artículo 12.2.2, el título del capítulo 7 (“Obligaciones del cargador”) puede inducir a error.

13. Derechos a presentar demandas

128. Véanse las observaciones generales.

14. Plazo para la demanda

129. **Artículo 14.1:** Esta disposición regula el plazo permitido para la iniciación de procedimientos judiciales o arbitrales, una cuestión de inmensa importancia práctica. La disposición fija para los procedimientos tanto judiciales como arbitrales un plazo estricto de un año. Su enunciado se asemeja al del artículo III.6 de las Reglas de La Haya-Visby, que establece un plazo general transcurrido el cual se extinguen todos los derechos a presentar demandas contra el porteador (una disposición que contrasta con las Reglas de Hamburgo, y el plazo de prescripción de dos años, que no tiene el mismo efecto). En virtud del plazo enunciado en el artículo 14.1 se extinguiría cualquier derecho a presentar demandas sobre el cargamento al porteador o, de hecho, a cualquier “otra persona” a saber, el subcontratista del porteador, los empleados, los representantes o cualquier parte “ejecutante” y sus contratistas, empleados y agentes (véase el artículo 6.3.3). El plazo sería aplicable también a cualquier demanda interpuesta contra el cargador por incumplimiento de las obligaciones derivadas del capítulo 7, pero no a otras demandas, como las relativas a cuestiones reguladas en el capítulo 9. No está claro si este plazo sería aplicable a cualquier demanda presentada contra el consignatario, la parte controladora o el tenedor. A diferencia de lo dispuesto por las Reglas de La Haya-Visby, en esta disposición no se hace referencia a la responsabilidad del “buque” lo cual puede significar que el plazo no sería aplicable a las acciones reales iniciadas respecto de una embarcación. Conviene señalar que las palabras “responsabilidad... respecto de los bienes” se basan en las Reglas de La Haya-Visby. No obstante, los enunciados de las disposiciones conexas relativas a la responsabilidad y a su limitación difieren de las disposiciones pertinentes de las Reglas de La Haya-Visby. A consecuencia de ello, puede haber diferencias en la interpretación judicial del ámbito de aplicación del plazo fijado en el artículo 14.1.

130. **Artículo 14.2:** Dado que el breve plazo de prescripción enunciado en el artículo 14.1 está concebido como medio imperativo para impedir el inicio de procedimientos, es sumamente importante entender claramente a partir de cuándo empieza el plazo de un año. El enunciado del artículo 14.2 es similar al del artículo 19 2) de las Reglas de Hamburgo, pero existen algunas diferencias entre las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo. No se hace ninguna referencia a la entrega parcial de mercaderías y se habla en concreto de las “mercancías pertinentes”. Y sobre todo, el plazo de limitación comienza “el día en que el porteador haya finalizado la entrega de las mercancías de que se trate con arreglo al artículo 4.1.3 ó 4.1.4 ...”. Esta referencia a la entrega “con arreglo al artículo 4.1.3 ó 4.1.4” introduce incertidumbre en el texto, debido principalmente a que en el artículo 4.1.3 propiamente dicho se define la obligación de entrega de forma confusa e insatisfactoria. Es importante señalar que, según parece desprenderse del artículo 4.1.3, el porteador puede introducir unilateralmente condiciones normalizadas en beneficio propio, definiendo el lugar o la fecha “contractualmente convenidos” para la entrega (véanse las observaciones sobre el artículo 4.1). Por último, conviene señalar que cuando por alguna razón el consignatario no pueda hacerse cargo de las mercancías conforme al artículo 4.1.3, el capítulo 10 ofrece al porteador diversos recursos. En esos casos, el plazo de prescripción puede empezar a correr, en virtud del artículo 14.2, independientemente de si ha tenido lugar o no la entrega.

131. **Artículo 14.3:** Esta disposición se refiere explícitamente a “la persona contra la cual se dirija una reclamación” y no, a diferencia del artículo 14.1, al porteador o al cargador. En aras de la claridad, convendría utilizar los mismos términos en todo el texto. Sería aconsejable prever la obligación de la parte a la que se pidiera que prorrogara el plazo de prescripción “como porteador” de informar al demandante si no se trata de un porteador contratante. Así se podrían evitar algunos de los problemas que se plantean para identificar correctamente al porteador contratante en un plazo breve. Es de prever que estos problemas sigan existiendo, a pesar del requisito enunciado en el artículo 8.2 i) e) de mencionar el nombre y la dirección del porteador en los detalles del contrato. También pueden plantearse problemas similares de identificación en las demandas contra otras partes, por ejemplo, a causa de la compleja definición de “parte ejecutante” en el artículo 1.17.

132. **Artículo 14.4:** Esta disposición corresponde en lo esencial al párrafo 5) del artículo 20 de las Reglas de Hamburgo y al artículo III.6 *bis* de las Reglas de La Haya-Visby. Si bien no parece que se haya querido modificar el contenido, el texto de la disposición es nuevo.

133. **Artículo 14.5:** Conviene señalar que esta disposición no serviría para una parte reclamante que demandara a un fletador con cesión de la gestión náutica y se diera cuenta de que el porteador contratante era un fletador por un tiempo o para un viaje determinado. El fletador con cesión no sería responsable y toda acción contra el porteador contratante tendría un límite temporal en virtud del artículo 14.1. Esta situación sería insatisfactoria desde el punto de vista de los intereses del cargamento. Véanse también las observaciones sobre el artículo 8.4.2.

15 Avería gruesa

134. En los informes preparados por la UNCTAD al respecto se exponen de forma general los argumentos a favor y en contra de la reglamentación de la avería gruesa¹⁹. El artículo 15 coincide exactamente con la disposición correspondiente del artículo 24 de las Reglas de Hamburgo. No obstante, conviene observar que las disposiciones relativas a la responsabilidad del porteador en las Reglas de Hamburgo no son idénticas a las del proyecto de Instrumento. Debe tenerse presente esta diferencia al estudiar la necesidad de incluir esta disposición en el proyecto de Instrumento.

17 Límites de la libertad contractual

135. **Artículo 17.1:** De las disposiciones que se examinan ésta es una de las de mayor trascendencia, ya que en ella se define el ámbito de aplicación obligatorio del proyecto de Instrumento. El texto de la disposición adopta elementos de las disposiciones pertinentes de las Reglas de La Haya-Visby (artículo III.8) y de las Reglas de Hamburgo (artículo 23 1)). Por consiguiente, la jurisprudencia sobre ambas disposiciones sólo tendría una importancia limitada. Las Reglas de Hamburgo prohíben cualquier tipo de modificación directa o indirecta por vía contractual, pero permiten aumentar la responsabilidad del porteador. Las reglas de

¹⁹ *General Average, a preliminary review*, TD/B/C.4/ISL/58; *The Place of General Average in Marine Insurance Today*, UNCTAD/SDD/LEG/1.

La Haya-Visby prohíben toda estipulación contractual por la que se reduzca o limite la responsabilidad del porteador. En su enunciado, el artículo 17.1 prohíbe toda estipulación contractual que tenga “la intención o el efecto” de excluir o limitar la responsabilidad de cualquier parte, inclusive del cargador y del consignatario. Además, en el proyecto de texto figura entre corchetes la prohibición de todo aumento contractual de la responsabilidad.

136. Dado que los contratos para el transporte marítimo de mercancías se conciertan sobre la base de cláusulas normalizadas, a menudo redactadas por el porteador y concebidas en beneficio de éste, es obvia la necesidad de proteger a los posibles reclamantes del cargamento de cláusulas contractuales injustas que excluyan o reduzcan de modo inaceptable la responsabilidad del porteador. Las Reglas de La Haya iniciales se adoptaron en 1924 precisamente en función de estas consideraciones, basándose en la legislación del Canadá y de los Estados Unidos. Por consiguiente, es apropiado dar carácter imperativo a los niveles mínimos de responsabilidad establecidos en todo nuevo instrumento internacional. En cambio, no está claro por qué razón deben ser imperativas también las obligaciones o responsabilidades del cargador o del consignatario. Si un porteador opta libremente por concertar un acuerdo en virtud del cual se reduzca la responsabilidad del cargador o del consignatario, debe darse efecto a tal acuerdo. No hay ninguna consideración que justifique en este contexto la alteración del principio de la libertad contractual. Del mismo modo, no parece existir ninguna razón convincente por la cual no deba autorizarse el aumento contractual de la responsabilidad del porteador. En vista de estas consideraciones, parece apropiado enmendar la disposición del artículo 17.1 de prohibir únicamente las estipulaciones contractuales que excluyan, reduzcan o limiten la responsabilidad del porteador (o de cualquier otra persona que desempeñe o que se comprometa a desempeñar cualquiera de las obligaciones del porteador en virtud del proyecto de Instrumento).

137. **Artículo 17.2:** Esta disposición permite excluir por vía contractual la responsabilidad del porteador o de la parte ejecutante cuando se transporten animales vivos o cuando se transporte un “cargamento especial” al margen de los procedimientos comerciales ordinarios. Por lo demás, ambos tipos de cargamentos están sujetos al proyecto de Instrumento. Las Reglas de La Haya-Visby no se aplican al transporte de animales vivos y, con respecto al transporte de cargamentos especiales, permiten la limitación contractual de la responsabilidad si no va en contra el orden público. En cambio, las Reglas de Hamburgo se aplican al transporte de animales vivos, pero contienen una disposición especial por la que se excluye la responsabilidad del porteador en caso de pérdida, daños o demoras que sean fruto de los riesgos especiales inherentes a ese tipo de transporte (artículo 5.5). Las Reglas de Hamburgo no contienen disposiciones especiales sobre “los cargamentos especiales transportados al margen de los procedimientos comerciales ordinarios”. No está claro por qué razón el artículo 17.2 a) del proyecto de Instrumento permite la exclusión contractual de la responsabilidad del porteador cuando se transportan animales vivos. Parecería apropiado que un porteador que consintiera el transporte de animales vivos y se beneficiara de las disposiciones sobre plazos de prescripción estuviera sujeto también a los niveles mínimos de responsabilidad. Lo mismo cabría prever con respecto a los “cargamentos especiales transportados al margen de los procedimientos comerciales ordinarios”.