



José María Alcántara González

Málaga (España) 1944

e-mail: jmalcantara@amya.es

- 1968 ▶ Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid.
- 1966-1968 ▶ Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad de Madrid.
- 1970-1971 ▶ Diploma en Derecho Marítimo, "University College", Londres.
- 1980- ▶ Fundador de la firma "AMYA Abogados", con sede en Madrid y hasta 14 oficinas exteriores.
- 1982-1990 ▶ Fundador y Presidente del (*Instituto Marítimo de Contratación*).IMARCO.
- 1990-1993 ▶ Presidente del *Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo* (IIDM).
- 1993-2004 ▶ Vicepresidente por España del IIDM.
- 1998-2002 ▶ Presidente de la *Asociación Española de Liquidadores de Averías* (AELA).
- 1998-2004 ▶ Presidente de la *Asociación Española de Derecho Marítimo* (AEDM).
- 2001- ▶ Consejero Ejecutivo del *Comité Maritime International* (CMI).
- 2006- ▶ Presidente y Fundador del *International Maritime Conciliation & Mediation Panel* (IMCAM Panel).

- ▶ Árbitro de los principales centros marítimos de arbitraje internacional.
- ▶ Profesor de Derecho Marítimo en Madrid y Barcelona.
- ▶ Delegado del IIDM por el Gobierno Español en las Convenciones Marítimas de IMO y UNCITRAL.
- ▶ Liquidador de averías.
- ▶ Fundador del taller de investigación MARLAW.
- ▶ Miembro de la *International Multimodal Transport Association* (IMMTA).
- ▶ Conferencista en numerosos Congresos tanto nacionales como internacionales.
- ▶ Autor de numerosos artículos y libros publicados.
- ▶ Miembro de asociaciones de Derecho Marítimo, Derecho del Transporte, Derecho de Seguros y Derecho Portuario.
- ▶ Asesor Jurídico para el Gobierno de España (Ministro de Transportes) en Derecho Marítimo.

XIII CONGRESO DE DERECHO MARÍTIMO
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO
MONTEVIDEO, 10-12 Noviembre 2008

**“LA CONVENCIÓN DE NN.UU. SOBRE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS
TOTAL O PARCIALMENTE POR MAR”: UN INSTRUMENTO NEOCON SOBRE
RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR.”**

Por: José María Alcántara

La nueva Convención gestada en el seno de UNCITRAL y culminada en un texto borrador aprobado el pasado 3 Julio 2008 en New York, tras ser adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, quedará abierta a la firma en Rotterdam a partir de Septiembre 2009 y será conocida por las **“Reglas de Rotterdam”**. El texto aprobado en New York contiene hasta 96 artículos y en el mismo ocupan lugar aspectos muy diversos relativos a un contrato de transporte internacional de mercancías en el que se produzca un tránsito o fase marítima, por lo que no estamos ante una Convención de Transporte Multimodal sino, más bien, de “marítimo plus”. La Convención ha conllevado diez años de trabajo, y comenzada a partir de un proyecto configurado por el CMI desde 2002, fue encargada al Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL. El proyecto original ha sufrido numerosas mutaciones y algunos capítulos enteros (como el relativo al “flete”) fueron abandonados en el camino, convirtiéndose en uno de los cuerpos reguladores más complejos que se conocen.

En un principio la iniciativa del CMI persiguió superar mediante una nueva Convención internacional la fragmentación, si no atomización, producida por la confluencia y mixtificación entre las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo, acuerdos regionales y variantes de fuentes nacionales. Es decir, el objetivo no era otro que la uniformidad internacional. El

resultado es un auténtico cajón de sastre lleno de componendas (*"compromises"*), de signo político muchas veces, alcanzadas a fin de acomodar en un texto muchos objetivos y demandas conflictivas entre intereses porteadores y de carga, que puede ser visto como un "paquete global" con reglas novedosas sobre materias nuevas (como p.ej., el comercio electrónico) y disposiciones ventajosas para el Porteador contrapesadas por otras ligeramente menos favorables. Como instrumento de carácter internacional, la nueva Convención pretende una armonización de reglas para aplicación en todos los Estados contratantes, cuyo objetivo de uniformidad dependerá de su entrada en vigor internacional y del número de países que la ratifiquen.

El éxito, por tanto, de la Convención se irá gestando según el interés y beneficio que la misma comporte para los diferentes Estados: tradicionalmente, los que acogen intereses naviero-porteadores y los de exportadores/importadores de mercancías. Siguiendo una marcada realidad a partir de la Reglas de La Haya, pudiera suceder que la tendencia sempiterna a favorecer a los primeros sobre los segundos se haya mantenido y hasta acentuado consiguiendo invertir el sentido divergente logrado con la entrada en vigor de las Reglas de Hamburgo en 1992 y enterrando para siempre la Convención Multimodal de 1980. Me parece que nos encontramos ante un instrumento profundamente "conservador", en el que la concesión de la supresión de la eximente de "falta náutica" y la aparente elevación de los límites de responsabilidad del Porteador no desvirtúan un régimen de responsabilidad moderado, con rasgos modernos de libertad de opciones, que en 2008 suenan trasnochados.

Pueden hacerse muchas lecturas, y no menos exámenes, de los diversos capítulos e instituciones jurídicas que la Convención ofrece a fin de obtener parámetros comparativos y llegar a conclusiones eclécticas y a valoraciones de uno u otro signo, como suele suceder con aquellos productos del Derecho de Tratados en los que abunda el espíritu del *"compromise"* más de lo debido. El *"law of compromise"*, ya se sabe, es con frecuencia *"defective law"*, pero en Naciones Unidas los acuerdos y transacciones políticas son inevitables y necesarios. Cuando éstos son meditados y elaborados estamos ante un espíritu de consenso que es de aplaudir siempre, pero cuando las componendas y cambalaches sobre

cuestiones de gran importancia jurídica se hacen a golpe de discusión técnica o de alineamiento, sin gran peso de estudio y de visión de conjunto, entonces la calidad jurídica del producto sufre mucho, se abre un abismo hacia la interpretación de los Tribunales y no estaremos sino ante un producto fruto del apresuramiento y de la superación de obstáculos a cualquier precio. Las Reglas de Hamburgo tenían una gran calidad jurídica, nota incuestionable admitida por toda la doctrina. Las Reglas de Rotterdam distan mucho de aquel nivel de calidad.

El prisma de diagnóstico que hoy nos interesa, en una penetración perpendicular en el nuevo cuerpo normativo, será el del hecho de la pérdida o del daño a la mercancía, o de retraso en la entrega, y de las garantías jurídicas de resarcimiento que la nueva Convención ofrece a la víctima reclamante, sea éste el cargador o el legitimado para recibirlas en destino. Abordaremos, así, un test o comprobación inductiva de la utilidad jurídica, por ende práctica, de las Reglas de Rotterdam.

EI RECLAMANTE:

1.- ¿PODRÁ HACER USO DE LA CONVENCION?

A) Si celebró un contrato de transporte con el Porteador (es “cargador”); o si es persona distinta que acepte ser designado como “cargador” en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte (“cargador documentario”); si está en posesión de un documento de transporte negociable o es la persona a la que se haya emitido un documento electrónico de transporte negociable con arreglo a los procedimientos previstos en la Convención (“tenedor”); si es la persona legitimada para obtener la entrega de las mercancías en virtud de un contrato de transporte o en virtud de un documento de transporte o de un documento electrónico de transporte; si es el Asegurador de la mercancía dañada o perdida y está debidamente subrogado de acuerdo con la legislación aplicable al contrato de seguro subyacente.

Por tanto, no podrá ser titular de la reclamación aquella persona designada en el documento de transporte en la casilla de “*Notify*” ni aquella otra que adquiriera la propiedad de la mercancía mediante venta en tránsito y no tenga en su posesión el documento de transporte sino una copia no negociable del mismo.

- B) Si el transporte fue efectuado entre dos Estados diferentes (para recepción y entrega) y si el lugar de recepción, el puerto de carga, el lugar de la entrega o el puerto de descarga se encuentran, cualquiera de ellos, situado en un Estado contratante; o si las partes pactaron la aplicación de la Convención en el documento de transporte.
- C) Si no figura como parte de un contrato de fletamento, ni de un contrato para la utilización de un buque o de cualquier espacio a bordo de un buque.
- D) Si la reclamación deriva de un transporte no regular, existiendo entre las partes un contrato de fletamento, o para la utilización de buque o de espacio a bordo del mismo, y no se haya emitido un documento de transporte o un documento electrónico de transporte, siempre que el tenedor o el destinatario no sean parte originaria de tal contrato de fletamento o de transporte. Es decir, en ningún caso de fletamentos fuera de líneas regulares (tráficos *tramp*). Artículos 5, 6 y 7.
- E) En los supuestos de un transporte precedente o subsiguiente al transporte por mar (Art. 27), si la pérdida, daño o retraso se produjo **EXCLUSIVAMENTE** antes o después de la fase marítima (carga/descarga), entonces podrá ser aplicable otra Convención modal aplicable a tal segmento del transporte si la misma es obligatoria, si regula la responsabilidad del porteador, su limitación y el plazo para acciones legales y si a tenor de la misma sería aplicable a la totalidad o parte de los actos del Porteador. A pesar de la desafortunada redacción, hay que entender que la Convención cede ante otra internacional y obligatoria de carácter modal (p.ej, el CMR) siempre y cuando ésta segunda regule la materia de

responsabilidad (lo que siempre sucederá) y pueda demostrarse que el suceso que da origen a la reclamación tuvo lugar íntegramente en tal fase no marítima. Ello es problemático porque plantea la carga de la prueba sobre localización del daño, pérdida o retraso a cargo del reclamante. Si no se prueba tal localización ni existe ninguna otra Convención modal obligada, entonces tendrán aplicación las disposiciones de la Convención de UNCITRAL, habiéndose llamado a tal nuevo régimen el de “*minimal network liability*”. Esta formulación no resuelve justamente el problema del daño no localizado, ya que no sólo daría lugar a una discusión legal y la posibilidad de que el Porteador buscase probar que el suceso tuvo lugar en una fase en la que el plazo de prescripción es menor, sino que también supondrá una difícil carga probatoria para el reclamante, quien se verá en la encrucijada difícil de no saber si se aplica esta Convención u otra modal, que le sería más favorable en términos de responsabilidad del Porteador pero menos en cuanto al plazo prescriptivo.

En suma, nuestro reclamante deberá cuidadosamente evitar todos los fletamentos en tráficos *tramp*, y en los casos de difícil localización del daño estudiar a fondo la carga probatoria existente para recurrir a otra Convención más favorable o evitar la prueba opuesta por parte del Porteador, con lo que se podrá suscitar una cuestión previa en la jurisdicción competente sobre localización del daño, pérdida o retraso (localización que ha de ser exclusiva, no compartible).

2.- ¿DÓNDE PODRA PLANTEAR SU RECLAMACIÓN?

Una vez que haya averiguado, y superado todo intento de excluir la Convención por el porteador, si puede hacer uso de las disposiciones de la Convención, el reclamante tendrá que acudir a una jurisdicción competente. Pero ello no es realmente así sino al revés, es decir, puesto que la misma cuestión de la aplicación de la Convención en los supuestos del Art. 27 (transporte anterior o posterior a la fase marítima) habrá de quedar resuelta por órgano judicial o arbitral competentes de acuerdo con la Convención (Arts. 68-79). De forma que, como es materia procesal en la mayoría de los países, el reclamante que acude a la

jurisdicción competente estará sometido a una excepción declinatoria muy peculiar, a saber, que si el Porteador prueba que otra Convención modal es la que debe aplicarse, entonces el tribunal tendrá que inhibirse y declararse no competente. Con ello, la Convención encierra una “declinatoria” a favor del Porteador, que habrá de añadirse a las propias resultantes de elección de foro bajo esta Convención o incluso a otras deducibles por ley nacional.

Suponiendo que el reclamante supere o no se le oponga dicha declinatoria, entonces habrá de calibrar la situación jurisdiccional, que de forma verdaderamente prolija por causa del excesivo pactismo tenido durante el proceso de elaboración, establece el Capítulo 15 de la Convención.

Así, si existe un acuerdo de arbitraje la jurisdicción ordinaria estará excluida. Pero, tal pacto arbitral (en virtud de los par. 1 y 5 del Art. 77) no será libre sino que estará condicionado, para tener validez, a que el reclamante pueda elegir para el juicio arbitral uno de los siguientes foros:

- el del lugar pactado en la cláusula de arbitraje (p. ej, Londres).
- el del domicilio del Porteador.
- el del lugar de la recepción de las mercancías por el Porteador convenido.
- el del lugar de la entrega de las mercancías convenido.
- el del puerto donde las mercancías sean inicialmente cargadas en un buque o el puerto donde sean finalmente descargadas del buque.

Naturalmente, en la primera opción de pacto arbitral supuestamente estarán incluidos otros elementos del arbitraje (árbitros y número, institución arbitral, reglas de procedimiento, etc.), mientras que en las otras opciones tales datos complementarios faltarán y será necesario discutirlos con el Porteador o acudir a la formalización forzosa del arbitraje conforme la ley nacional del lugar elegido.

El modelo, entendiblemente, ha pretendido dotar al reclamante de una protección similar a la que le otorga el Art. 22 de la Reglas de Hamburgo, con el fin de evitar que toda cláusula de arbitraje en un documento de transporte redactada unilateralmente por el Porteador, como es lo habitual, no se convierta en una cláusula de exoneración en su favor. Este objetivo protector se consigue aquí, aunque verdaderamente la opción del domicilio del Porteador no es tal ya que en la misma, por virtud del Art. 5, no será de aplicación obligada la Convención, que por otra parte no contiene la disposición del aptdo. 4 del Art. 22 de las Reglas de Hamburgo, que expresamente obliga a los árbitros a aplicar las mismas (y tal ausencia abre la posibilidad de que si, p. ej, el reclamante elige el lugar del puerto de carga, las disposiciones de la Convención automáticamente no se apliquen si de acuerdo con la ley nacional deberá estar expresada la voluntad de las partes respecto a que los árbitros decidan conforme a equidad o a Derecho).

En todo caso, lo anterior regirá para el transporte de línea regular; pero para el tráfico no regular y para los “contratos de volumen” (auténtica *bête noire* de la Convención para conseguir contentar a la delegación estadounidense) esos requisitos protectores del usuario caen y el acuerdo arbitral bastará con que haya sido negociado y figure expreso en el contrato, lo que equivale en muchas circunstancias a dejarlo al arbitrio del Porteador.

Si no existe una cláusula arbitral en el contrato de transporte, entonces la vía que el reclamante tiene es jurisdiccional. Y es de lamentar que la Convención no contenga una definición de “acuerdo de arbitraje” o que no remita directamente a lo previsto al efecto en la Convención de New York de 1958, y sus posteriores revisiones, de tal modo que aunque se ha suprimido la condición de “por escrito” de las Reglas de Hamburgo, ahora se deja a las leyes nacionales decidir cuándo un arbitraje habrá de estimarse “pactado” y vinculante en cada caso. Todo esto es en detrimento de la institución arbitral.

El recurso a los tribunales ordinarios estará abierto en condiciones optativas en el Art. 68 semejantes a las previstas para el arbitraje, aunque con un problema consistente en que conforme a la definición 29, del Art. 1, el tribunal competente debe estar situado en un Estado contratante, por lo que cualquiera de las cuatro

opciones alternativas para el reclamante deberá estar situada en un Estado contratante, lo que se reduce al no haber previsto en los casos de embargo preventivo del buque que el tribunal del lugar del embargo pueda conocer del fondo del asunto si se encuentra en un Estado contratante de la Convención. Y una variante relativa a los pactos sobre “competencia exclusiva”, muy modernos, en los que la protección del usuario parece insuficiente ya que puede encontrarse, al llevar su reclamación a un tribunal que estima competente, que ese tribunal no está situado en un Estado contratante y en virtud de su ley interna puede estimar que el pacto era válido y que la competencia es “exclusiva” del tribunal que designó el Porteador en su cláusula del contrato. Habría sido más deseable establecer que todas las reglas de la Convención sobre elección de foro se deban entender como de competencia exclusiva, sin admitirse duda generada por ninguno de los contratantes.

La Convención añade una disposición sobre “acumulación” (en la versión española se dice “consolidación”) y sobre “litispendencia” (traducida como “traslado”), cuyos efectos son apenas inteligibles y darán mucho que hablar ante lo previsto en las leyes nacionales sobre el ejercicio de la reconvención y sobre la litispendencia internacional.

El reclamante, por tanto, podrá plantear su reclamación tanto en vía arbitral, pero con bastantes luces apagadas, o en vía jurisdiccional ante un tribunal competente situado en un Estado contratante, teniendo mucho cuidado con las cláusulas de “competencia exclusiva”, y en todo caso estando expuesto siempre a la declinatoria bajo el Art. 27 relativa a la aplicación de la Convención según la localización del daño en segmentos no marítimos del transporte. Sin duda, le va a costar una ingente suma de dinero en abogados y una inmisericorde cantidad de tiempo en la resolución de cuestiones de competencia previas al fondo de su reclamación.

3.- ¿QUÉ PLAZO TIENE PARA RECLAMAR?

En este trascendental asunto la Convención, como las Reglas de Hamburgo, le concede un plazo cómodo de 2 años (Art. 64), aunque se trata de un período taxativo y fatal de caducidad sólo modificable en más mediante prórroga explícita del reclamado, para estos efectos el Porteador (Art. 65). Esto es lamentable, porque después de las Reglas de Visby el plazo se convirtió en uno de prescripción solamente, y así se recoge en el Art. 20 de las Reglas de Hamburgo, y la caducidad de la acción se regula de forma estricta a favor del Porteador, de modo que salvo que éste haya remitido al reclamante una “declaración de prórroga”, por cualquier medio de transmisión y no sólo por escrito, el reclamante no podrá entablar su acción fuera del plazo de 2 años. En las legislaciones y jurisprudencia nacionales hoy se admite el concepto de “transigencia del deudor”, de tal forma que si éste mediante acción u omisión consiente en la discusión de la reclamación la acción legal se mantiene viva, es decir, con fundamento en la doctrina civil que no ampara frente a los actos propios. La rigurosidad de la caducidad, con la intervención usual de los Clubs de P.&I., recae sobre el reclamante de una forma que estimamos anacrónica y problemática para los supuestos tan frecuentes de subrogación de acciones.

Nuestro reclamante no andará mal si es el comerciante originario, pero si es el Asegurador subrogado habrá de tener cuidado con la caducidad de la acción, cuya modificación mediante su consideración explícita de prescripción habría podido ser dejada al gobierno de la ley nacional en perjuicio del deudor. Más grave aún nos parece que la Convención no permita la interrupción ni la suspensión del plazo por efecto del ejercicio de medidas cautelares contra el buque porteador o de supuestos procesales varios como, p.ej, las cuestiones preliminares de declinatoria sobre aplicación de la Convención o sobre existencia de litispendencia internacional.

4.- ¿CONTRA QUIENES PODRA RECLAMAR?

Este aspecto de la legitimación pasiva es esencial a efectos prácticos en todo transporte de mercancías.

Las Reglas de Hamburgo nos presentaban una doble figura: el Porteador contractual y el Porteador efectivo, en tanto el primero no haya ejecutado el transporte marítimo; y estaban, además en vía extracontractual, los empleados y agentes del Porteador pero sin alcanzar al contratista independiente (p. ej, el operador de terminal portuaria). Aquellos conceptos eran sencillos y manejables.

La nueva Convención añade a las figuras de Porteador y “parte ejecutante” la de “parte ejecutante marítima”. Esta última incluirá a todo aquél que ejecute, o se comprometa a ejecutar, alguna de las obligaciones del Porteador previstas en un contrato de transporte respecto de la recepción, carga, manipulación, estiba, transporte, cuidado, descarga o entrega de las mercancías en destino, pero *“en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del Porteador o bajo su supervisión y control”*.

Ello supone que el reclamante podrá actuar contra el Porteador o contra cualquier parte ejecutante, ya que el primero será responsable de todo incumplimiento imputable a cualquier parte ejecutante, a sus dependientes (Capitán y miembros de la tripulación), a los empleados propios y los de una parte ejecutante y a cualquier otro subcontratado por el Porteador (Arts. 18 y 19). El arco de presuntos responsables es, así, más amplio no sólo en función de las operaciones realizadas en segmentos terrestres sino en cuanto a toda una gama de auxiliares del Porteador que incluye a los arrimadores, estibadores, carretilleros, almacenistas, vigilantes, porteadores de tierra, etc, y operadores de terminales situadas fuera o dentro del recinto portuario (ya que éstos últimos, aún siendo independientes, intervienen “a instancia del Porteador”). Las acciones podrán ejercitarse en vía contractual o extracontractual.

Cuestión importante es la de la “identidad del Porteador”, ya que puede suceder que los datos del contrato no identifiquen a persona alguna, no obstante la

obligatoriedad de hacerlo. Si se desconoce el Porteador contractual, entonces se presumirá que es el propietario registral de ese buque (Art. 37), es decir, el que figure en el registro marítimo del buque, sin que importe el hecho de que el buque se encuentre operado por un arrendatario a casco desnudo o por un fletador, como sucede en numerosos casos. La nueva norma intenta solucionar esta anomalía mediante la habilitación de la carga probatoria para el propietario registral a fin de que identifique él mismo al arrendatario o al verdadero Porteador, destruyendo la presunción de autoría si así lo hace. La solución es poco práctica, ya que en supuestos más que abundantes el propietario registral será una sociedad offshore domiciliada en un paraíso fiscal, que no atenderá tal carga probatoria, con lo que el reclamante tendrá que recurrir al embargo preventivo del buque. Habría sido más fácil y positivo establecer una presunción negativa en favor del reclamante, a saber, permitiéndole dirigir su acción contra aquéllos otros, vestidos de cualquier modalidad de explotación de buques, que aparezcan *prima facie* en los documentos de transporte o en las comunicaciones del cierre del negocio, los cuales tendrían la carga de la prueba de identificar al auténtico porteador contractual. Así el reclamante tendría no sólo la facultad de probar siempre quién es el Porteador (para 3 del Art. 37) sino la presunción a su favor *erga omnes alteres*, en ausencia de respuesta por parte del propietario registral.

Cuando la responsabilidad pueda ser compartida por el Porteador y por parte ejecutante identificable, el reclamante podrá actuar contra todos ellos por vía solidaria, al igual que en la Reglas de Hamburgo.

Por tanto, el reclamante está razonablemente protegido en este aspecto por la nueva Convención, salvo que no pueda identificar fácilmente al Porteador y que el propietario registral sea una sociedad de papel, en cuyo caso correrá con una carga probatoria de identificación de bastante calibre, ya que cualquier camino de acción directa contra el P&I Club, que es quien suele tramitar las reclamaciones y conceder las prórrogas de plazo, está impedida o muy dificultado por virtud de la doctrina inglesa sobre la "*pay to be paid clause*", es decir, sobre la naturaleza puramente indemnizatoria del seguro de P&I. Es una lástima que la Convención no haya profundizado en torno a la "acción directa contra el Asegurador", como lo hacen ya otras Convenciones marítimas.

5.- ¿QUÉ TIENE QUE JUSTIFICAR, ACREDITAR Y PROBAR?

El reclamante con esta Convención en la mano no lo tiene nada fácil. Veamos:

- a) en primer lugar, tendrá que justificar que la pérdida, daño, retraso en la entrega, o los hechos causativos o contribuyentes, se produjeron durante el período legal de responsabilidad del Porteador, de decir, entre el momento de recepción para el transporte y el de la entrega (Arts. 18 y 12). Esta tarea probatoria inicial implica la cuestión de la localización del daño (a efectos de la aplicación de la Convención) y es en realidad absurda porque debería bastar con el valor acreditativo del B/L y con la constancia de la pérdida o daño a la entrega. Para identificar el período de custodia del Porteador, las Reglas de Hamburgo establecen una presunción detallada (en su Art. 4), que resulta coincidente con la documentación que acredita la recepción para transporte y con la exigida para la entrega. En la nueva Convención sucede, además, que el período de custodia o de responsabilidad podrá ser distinto en virtud de pacto especial estipulado por las partes del contrato (Art. 12.3), por lo que si los momentos de recepción y entrega son otros y no son conocidos, sin más, por el destinatario receptor ya que su inserción en el documento de transporte no viene exigida por el Art. 36, todo reclamante tercero podrá encontrarse con una dificultad añadida.

- b) en segundo lugar, una vez el reclamante haya probado la custodia de las mercancías por el Porteador o la parte ejecutante, podrá ver derrotada su reclamación sin presunción alguna de culpa a su favor (como en las Reglas de Hamburgo) si el Porteador prueba:
 - (i) bien que la causa o una de las causas de la pérdida, daño o retraso no le es imputable a él ni a ninguna de las personas por las que ha de responder (basta con “una” de las causas); no se saben los fundamentos de inimputabilidad.

(ii) o bien, alternativamente a lo anterior y a su elección, si prueba que uno o más de los siguientes hechos o circunstancias causó o contribuyó a causar la pérdida, daño o retraso:

- fuerza mayor.
- riesgos, peligros y accidentes del mar o de otras aguas navegables.
- guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines o tumultos.
- restricciones por cuarentena; injerencia o impedimentos imputables a autoridades públicas o gubernamentales, a dirigentes o a pueblos, incluida toda medida de detención, embargo o incautación no imputable a ningún acto del porteador ni de ninguna de las personas por las que debe responder.
- huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción intencional del ritmo laboral.
- incendio a bordo del buque.
- vicios ocultos que no puedan descubrirse obrando con la debida diligencia.
- acto u omisión del cargador, del cargador documentario, de la parte controladora o de cualquier otra persona por cuyos actos sea responsable el cargador.
- la carga, manipulación, estiba o descarga de las mercancías efectuadas por el cargador o destinatario (cláusula FIOS), salvo que las realice efectivamente el Porteador o una parte ejecutante.

- la pérdida de volumen o de peso, o cualquier otra pérdida o daño que sea imputable a la naturaleza o a un defecto, cualidad o vicio propio de las mercancías.
- la insuficiencia o las deficiencias del embalaje o del marcado de las mercancías, siempre y cuando no hayan sido efectuados por el Porteador o en su nombre.
- el salvamento o la tentativa de salvamento de vidas en el mar.
- medidas razonables para salvar o intentar salvar bienes en el mar.
- medidas razonables para evitar o tratar de evitar daños al medio ambiente.
- actos del Porteador en el ejercicio de facultades en relación con mercancías peligrosas y en relación con el sacrificio de mercancías que puedan llegar a constituir un peligro para personas y cosas.

En total, el Porteador podrá hacer uso de hasta 15 categorías de exoneraciones de culpa que en realidad agrupan a 41 supuestos exonerativos, algunos de los cuales son muy genéricos y pueden dar lugar a ampliaciones por vía de analogía. Todo ello lo convierte en un cinturón defensivo de gran envergadura y superior, aún siguiendo la línea de 1924, al previsto por las Reglas de La Haya.

- c) Frente a ese muro, el turno corresponde al reclamante quien habrá de oponer la prueba en contrario, es decir, que la causa eximente alegada resulta o participa de culpa del Porteador o de alguna de las personas por las que debe responder; o bien, prueba que otro hecho o causa no incluido en la lista de eximentes contribuyó a producir el daño y el Porteador no puede probar que ese hecho no le es imputable (lo que es absurdo e innecesario si se partiese de una presunción de culpa, como en las Reglas de Hamburgo).

Por tanto, el reclamante ha de probar que el Porteador no puede hacer uso de las eximentes alegadas por haber intervenido su culpa o negligencia (lo que ya estaba en la lógica de las Reglas de La Haya). También, el reclamante podrá destruir la lista exculpatoria del Porteador mediante una prueba alternativa, no añadida, de que el daño, pérdida o retraso fueron total o parcialmente causados por :

- (i) el estado de innavegabilidad del buque; o
- (ii) las deficiencias en el armamento, el avituallamiento o la tripulación del buque; o
- (iii) el hecho de que las bodegas u otras partes del buque donde se transporten mercancías (incluidos contenedores del Porteador) no estuviesen en las condiciones debidas para recibirlas, transportarlas y conservarlas.

Esta vía alternativa merecerá un test porque en el texto de la Convención no aparece claro que se trate de una prueba de resultado o de indicios.

En todo caso, se puede deducir que el reclamante podrá hacer al Porteador responsable si le priva de sus defensas o de las mismas esenciales garantías de preparación del buque para el transporte, lo que en conjunto y en definitiva supone probar la culpa o negligencia del Porteador, pero de una forma enormemente alambicada.

- d) si el reclamante tiene éxito con su prueba en contrario por la vía alternativa de la innavegabilidad, no obstante el Porteador podrá aún probar para exonerarse que ninguna de las tres deficiencias anteriores del buque, auténticas garantías técnicas, fue causante de la pérdida, daño o retraso; o también, alternativamente, que cumplió sus obligaciones respecto a la condición del buque y las bodegas con la debida diligencia antes, al comienzo y durante el viaje por mar.

De tal modo, al Porteador le será suficiente con acreditar el ejercicio de la debida diligencia (¿la prudencia de un buen paterfamilias?) durante el transporte (no ya al comienzo del viaje, como en 1924) o con romper la relación causa-efecto (lo que no será problema grande ya que varias de las causas exonerativas no están relacionadas con el estado y condiciones del buque).

La Convención ha introducido un sistema pendular de la carga de la prueba, cuyo mecanismo (Art. 18) es ciertamente complejo y de todo punto favorable al Porteador quien, sin partir de una presunción de culpa como sería propio de un régimen de responsabilidad “*ex recepto*” fundamentado en la custodia de las mercancías, puede esgrimir una larga lista de eximentes junto con la atenuante de la “debida diligencia”, que nos parece impropia de una regulación pretendidamente moderna, y esperar a que el reclamante pueda probar desde la localización del hecho dañoso hasta la culpa del Porteador *contra-eximentem* y la innavegabilidad temeraria (es decir, *contra-diligentem*) del buque. Se ha abandonado el sencillo esquema de las Reglas de Hamburgo de 1978 para retornar a La Haya pero con una complejidad mayor, que convertirá a los futuros pleitos judiciales en auténticos bailes de máscaras, en los que nuestro reclamante sólo podrá vestirse de incauto Arlequín. Las máscaras o defensas estarán, en virtud del régimen tipo-cláusula Himalaya adoptado por el Art.20, a disposición de toda parte ejecutante que reciba la reclamación sola o conjuntamente con el Porteador.

6.- SI EL RECLAMANTE SUPERA LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL PORTEADOR ES DECLARADO RESPONSABLE, ¿CUÁNTO COBRARÁ?.

La respuesta a esta pregunta es definitiva y para muchos países de intereses de usuario supondrá un factor para adoptar o no la Convención. Ninguna regulación internacional sobre transporte de mercancías por mar provee el resarcimiento pleno o “*restitutio in integrum*” del daño patrimonial sufrido por propietario de la mercancía perdida, dañada o entregada con retraso. Todas permiten, atendiendo

a los riesgos del mar, una limitación de la deuda contraída por el Porteador. Así, las Reglas de la Haya establecían la limitación por bulto o unidad en 100 libras esterlinas, valor oro; el Protocolo de Visby 1968, el límite se fijó en la cifra más alta resultante de multiplicar 10.000 francos poincaré oro por bulto o unidad, o de 30 francos oro por kg. de la mercancía dañada o perdida; el Protocolo DEG 1979, los límites de Visby pasaron a la cifra más alta de multiplicar 666,67 DEG por bulto o de 2 DEG por kg.; las Reglas de Hamburgo elevaron los límites a la cifra más alta de multiplicar 835 DEG por bulto o de 2.5 por kg.; la Convención Multimodal 1980, que no entró en vigor, los subió a 920 DEG por bulto o 2.75 por kg.

La Convención de UNCITRAL, en su Art. 59, adopta unos límites superiores a los de las Reglas de Hamburgo, a saber, 875 DEG por bulto o unidad o 3 DEG por kg. de peso, cualquiera que resulte más elevada. Naturalmente, como en las otras Convenciones, cuando el cargador haya declarado el valor de la mercancía en el documento de transporte (B/L *ad valorem*) la indemnización será por ese valor declarado y no se aplicará límite alguno. Los valores de limitación son mínimos, es decir, el reclamante podrá recibir más pero nunca menos. El límite para las reclamaciones por retraso, es decir, por pérdidas económicas se establece en una suma equivalente a 2.5 veces el flete pagadero por las mercancías objeto del retraso.

El reclamante, bajo las nuevas reglas, podrá aspirar a recibir las sumas de limitación más altas existentes, ya que la Convención Multimodal 1980 no está en vigor; lo que ha motivado fuerte oposición por parte de China, Grecia y Corea (tres países con fuertes flotas mercantes). Se trata de una buena oferta para los países africanos y latinoamericanos, aunque las cosas sobre la pérdida del derecho a la limitación siguen igual que antes, a saber, corresponderá al reclamante probar que la pérdida o el daño son imputables a un acto u omisión personal del Porteador cometido con la intención de causar dicha pérdida o daño, o temerariamente y a sabiendas de que la pérdida o el daño probablemente se produciría. Es decir, aún la vieja fórmula del acto intencional o el dolo eventual, que permanece en las Convenciones internacionales desde las Reglas de La Haya y que supone que los límites sean incontestables (*"unbreakable"*, ha

señalado Tetley) atendiendo a una carga probatoria casi imposible. De nada sirven los reglamentos de seguridad en la navegación y la muy copiosa normativa de la OMI sobre adecuación y mantenimiento de buques, porque en nada influyen que sean conculcados para los efectos de limitación de responsabilidad. Podría haberse pensado, quizás no esperado, que los redactores dieran un paso adelante en la lucha contra los buques substandard insertando en la Convención la pérdida de clasificación por innavegabilidad del buque y las infracciones de normas de seguridad como factores para privar al Porteador del derecho de limitación. No se ha llegado a tanto, ni a mucho menos, y todavía en el siglo XXI los armadores de buques en deficiente estado de conservación y mantenimiento podrán limitar su responsabilidad mientras paguen mayores cantidades que antes. La solución va por el sendero económico-indemnizatorio, no por el de la prevención de accidentes.

No obstante lo anterior habrá que advertir que, en el Art. 80, se contienen reglas especiales para los “contratos de volumen”, cuyos términos pueden ser pactados por los contratantes del transporte sin sujeción a las normas de la Convención. Por tanto, en ese tipo de tráfico podrán fijarse límites más bajos que los establecidos por la Convención.

En conjunto, el reclamante estará más protegido y cobrará una indemnización mayor en virtud de las nuevas reglas, salvo en los “contratos de volumen”.

Sin embargo, y el nuevo texto legal hay que leerlo muy cuidadosamente, advertiremos que el Art. 59 habla de *“la responsabilidad del porteador por incumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención”* y no como las Reglas de Hamburgo, de *“la responsabilidad del porteador por los perjuicios resultantes de la pérdida o daño a las mercancías”*; la trascendencia reside en que el derecho de limitación será ejercitable de forma más amplia y con mayor alcance, p. ej., en los casos de reclamaciones por entrega equivocada de la mercancía o de informaciones erróneas, o por faltas relativas a la navegabilidad, armamento y acondicionamiento de bodegas, que podrán causar daños o no, pero sí probables retrasos y lucros cesantes.

En cuanto a mercancía transportada en cubierta a pesar de haber acordado con el cargador su colocación bajo cubierta, no habrá derecho a limitación si se producen daños o pérdidas a la misma, lo cuál planteará la curiosa situación de que la cubertada haya sido realizada por estibadores subcontratados a instancia del Porteador pero no bajo su control ni supervisión (de otro modo, no se estibaría en cubierta la carga para bodega).

8.- EL RECLAMANTE NO CARGADOR, ¿SERA RESPONSABLE FRENTE A ACCIONES DEL PORTEADOR?.

La Convención, por vez primera, ha introducido importantes y severas reglas en materia de responsabilidad del Cargador en los Arts. 27-34. Hay todo un abanico de obligaciones del Cargador pre-embarque y una responsabilidad regulada por toda pérdida o daño de cualquier índole sufrido por el Porteador como consecuencia de incumplimiento de dichas obligaciones respecto a información y datos sobre la mercancía, documentos, instrucciones, marcas, permisos, trámites aduaneros, manipulación portuaria, etc, y en especial en lo relativo a mercancías peligrosas. Aunque fue largamente debatido en las sesiones de trabajo y pedido insistentemente por los Consejos de Usuarios, no se admitió permitir al Cargador limitar su responsabilidad.

La responsabilidad del Cargador se extiende a los actos y omisiones de sus empleados, agentes y subcontratistas, frente al Porteador quien desde luego tendrá derecho a accionar contra todos ellos.

Estamos ante un tipo de acción personal del Porteador contra el Cargador o contra sus dependientes y subcontratistas, la cuál no es vinculable o relacionable con la acción indemnizatoria del reclamante por pérdida, daño o retraso de la mercancía en principio.

Pero ello es sólo aparente, ya que ambas nacen del mismo contrato de transporte y si el reclamante es el “Cargador” o el “Cargador documentario” no vemos impedimento alguno para que el Porteador pueda oponer un incumplimiento

contractual de los mismos frente a la pretensión indemnizatoria derivada del daño, pérdida o retraso de la mercancía. Supuesto distinto y no oponible será cuando el reclamante sea el “tenedor” o el “destinatario”, no produciéndose identidad contractual de partes una vez operada la transmisión del título sobre la mercancía en virtud de la negociabilidad del documento de transporte o del registro electrónico. Sin embargo, puede plantearse la duda de si el Porteador podría exigir la presencia en el pleito de todos los interesados en la mercancía con el fin de generar una reconvencción por culpa del Cargador en cuanto a sus obligaciones conforme a la Convención. Y hay elementos inquietantes en las nuevas reglas, a saber, en el Art. 18 el Porteador podrá exonerarse por razón de prueba, p. ej., de acto u omisión del cargador, del cargador documentario, de la parte controladora o de cualquier persona por cuyos actos sean éstos responsables, lo que permitiría deducir que las defensas del Porteador no son oponibles al reclamante destinatario ni al tenedor del documento de transporte; pero en el Art. 58 se establece que un tenedor, que no es cargador, en el caso de que ejercite algún derecho bajo el contrato de transporte (p. ej, el de exigir la entrega de la mercancía) entonces *“asumirá todas las responsabilidades impuestas al cargador bajo el contrato siempre que las mismas aparezcan incorporadas al documento de transporte o al registro electrónico”*. No suponemos que la intención sea la de la transmisión, por vía de posesión, de todas las condiciones del contrato de transporte al tenedor sino solamente la del título o la del derecho a retirar la mercancía, aunque tenga un derecho nuevo como es el de variar el destino de la misma (mediante el ejercicio del llamado “derecho de control”). Sería preciso disponer de mayor claridad en las reglas para poder disipar la duda procesal de si nuestro reclamante puede encontrarse con una reconvencción de parte del Porteador. No es así nuestra opinión, salvo en el caso de que el reclamante sea el cargador o el cargador documentario. La cuestión procesal del planteamiento simultáneo o concurrente de acciones destinadas a establecer la responsabilidad de Porteador y de Cargador, es decir, opuestas, no es tratada por la Convención en el capítulo de Jurisdicción, aunque para el arbitraje o para acciones derivadas de contratos de volumen existirá plena autonomía de la voluntad y sobre las partes recaerá el riesgo a demandas cruzadas o, en nuestro acervo, reconvencciones.

Hemos visto cómo ha de valerse un reclamante con las “Reglas de Rotterdam” en la mano, destacando como únicos elementos a favor el plazo de dos años (aunque es de caducidad) y los límites más elevados de responsabilidad (aunque inatacables y modificables a la baja en los contratos de volumen). Decíamos que la Convención, en cuanto al régimen de responsabilidad del Porteador y a la carga probatoria (sin mencionar el castigo obligacional al Cargador), parece haber regresado al primer cuarto del siglo XX; por lo que, con las variantes citadas, los ribetes de modernidad y las novedades tecnológicas de los registros electrónicos, el nuevo instrumento internacional se nos antoja neoconservador o “*neocon*”, que es el estilo prevalente en el tráfico marítimo privado protagonizado por grandes empresas navieras, grandes operadores de terminales, multinacionales exportadoras y grandes “*trading houses*” y por todos aquéllos que instrumentan los mercados de futuros y bolsas de fletes.

Sinceramente creemos que los abogados serán más afortunados que los usuarios con esta Convención, que está hecha para intérpretes y estudiosos. Los Tribunales pueden realmente llegar a auténticos delirios mentales con algunas de las nuevas reglas, con lo que quizás ganemos haciendo progresar al arbitraje o la mediación. Cuando entre en vigor, en todo caso, para el reclamante, sea comerciante o Asegurador, será muy caro y complejo el ejercicio de sus derechos y nos tememos que se incrementen los embargos preventivos de buques.

Pero no hay que vaticinar más, ya que el futuro de la Convención está por ver y si ésta llega a ser ratificada por muchos países (p. ej. europeos y africanos) y logra una aceptación internacional semejante a las Reglas de La Haya-Visby entonces se habrá producido la deseada uniformidad internacional, con independencia de que nuestro reclamante esté contento o no.

Madrid, Septiembre 2008