



Asamblea General

Distr. limitada
27 de enero de 2006
Español
Original: francés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte)
17º período de sesiones
Nueva York, 3 a 13 de abril de 2006

Derecho del Transporte: elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Observaciones del Consejo de Cargadores Marítimos de Europa relativas al proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Nota de la Secretaría*

En previsión del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Consejo de Cargadores Marítimos de Europa ha presentado a la Secretaría el documento que se adjunta como anexo a la presente nota y en el que el Consejo expone sus observaciones relativas al proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. El anexo de la presente nota se publica tal como lo recibió la Secretaría.

* Este documento se presenta tardíamente debido a la fecha en que las propuestas se comunicaron a la Secretaría.



Anexo

1. El Consejo de Cargadores Europeos es el organismo que representa los intereses de las sociedades industriales y mercantiles europeas como usuarios de todos los modos de transporte. Los “cargadores” son, fundamentalmente, productores o distribuidores de bienes que comercializan y distribuyen a sus clientes. El transporte marítimo es para ellos el principal vector de los intercambios internacionales.

2. Ante la perspectiva de la labor del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, que se reunirá en Nueva York en abril de 2006, los cargadores europeos han querido expresar su postura sobre los principales temas que figurarán en el programa de ese período de sesiones y, para ello, se han basado en el texto del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

3. Este documento se completa asimismo con un análisis de los artículos que el Grupo de Trabajo no pudo examinar o sobre los que no pudo llegar a ninguna conclusión en su anterior período de sesiones celebrado en Viena.

Derechos de acción o procesales

4. El Consejo se felicita de que esa cuestión haya sido abordada en el proyecto de instrumento, puesto que, en la práctica, es muy frecuente que un cargador exportador que se haya deshecho de su documento de transporte (por ejemplo, entregándolo a un banco en el marco de una carta de crédito), vea denegado su derecho a actuar contra el porteador marítimo cuando trate de ser indemnizado por un daño que se haya producido en la mercancía que no le haya sido pagada por el destinatario (comprador en quiebra, carta de crédito no abonada, etc.). La regla actual basada en la posesión del documento de transporte es demasiado rígida y da pie a soluciones a menudo inequitativas.

5. Artículo 67

Desde esta perspectiva, el Consejo considera que la redacción de la variante B es preferible, que el enfoque mediante una regla general permite más simplicidad y más claridad y evita el problema de una lista que pudiera ser incompleta en la variante A. El concepto de *interés legítimo* permite tener en cuenta el contrato comercial (INCOTERMS), así como los elementos de hecho.

6. Artículo 68

El Consejo es partidario de ese artículo, que permite al cargador que ha traspasado su conocimiento de embarque actuar contra el porteador o contra una parte ejecutante. No obstante, subrayan que la prueba negativa que se pide en tal caso puede resultar difícil de obtener.

Capítulo 15. Plazos de actuación

7. Artículo 69

En lo que respecta al plazo para presentar una demanda, un año es un período demasiado breve. Esta solución se deriva sin duda de la tradición marítima, pero es antigua y se basa en los plazos que no son más breves en los convenios más recientes (Hamburgo, Montreal). En la práctica, los litigios se dirimen cada vez más

en el marco de un seguro. Sería más juicioso dar a las partes un año suplementario para resolver los litigios amigablemente antes de recurrir a los tribunales o al arbitraje.

En lo que respecta al modo de extinción de las demandas, los cargadores prefieren la solución moderna de la prescripción, y el enunciado que figura en la variante B.

8. Artículo 70

Este artículo es clásico y nos adherimos a él aunque no evite mucho el concepto de “último día”, que puede ser cuestionado.

9. Artículo 71

A los cargadores que, generalmente, están en la posición del demandante, les parece más lógico que sea el demandante quien solicite la prórroga de los plazos de prescripción. Sea como fuere, debería requerirse la aceptación de la prórroga por las dos partes. Los cargadores no conciben y rehúsan que el porteador pueda prorrogar unilateralmente el plazo de prescripción.

10. Artículo 72

Tratándose de un convenio internacional encaminado a uniformizar el derecho, el párrafo a) no resulta indispensable y debería ser suprimido. Por lo que respecta al párrafo b), preferimos la variante A, pues prevé un plazo más breve, lo cual no sería el caso en la variante B ii).

La variante A debería convertirse en artículo único*.

11. (Artículo 73)

12. Artículo 74

La posibilidad de entablar una demanda contra el fletador a casco desnudo es un principio con el que se muestra de acuerdo el Consejo. Sin embargo, sería conveniente evitar referencias al derecho interno, a fin de mantener un nivel de seguridad jurídica. Por consiguiente, los cargadores son partidarios de que se suprima el párrafo a), y de que el párrafo b) se convierta en artículo 1, pudiéndose fusionar los incisos i) y ii)

Limitación de la responsabilidad

13. Para el Consejo, la cuestión de la limitación de la responsabilidad es indisociable de la exoneración de responsabilidad. Los cargadores destacan que en el momento de la redacción del Convenio de Hamburgo, se tuvo en cuenta la desaparición de los casos exceptuados para fijar los montos de poca cuantía en el cálculo del límite máximo de la responsabilidad. El hecho de que en el instrumento se retome el concepto de los casos exceptuados debería inducir al Grupo de Trabajo, cuando examine esta cuestión, a ajustar netamente al alza esos montos, sin que importe el probable aumento de los valores medios de las mercancías que se ha producido en los últimos decenios.

* *Nota del traductor:* A consecuencia de las enmiendas aquí propuestas habría que enmendar la parte introductoria.

14. Artículo 64

El primer párrafo no plantea ningún problema.

El Consejo ve con buenos ojos la variante B del párrafo 2 debido a su enunciado claro. No obstante, quisiéramos que se evitara la remisión al derecho interno tanto para dar más simplicidad al texto como para que éste ofrezca una mayor seguridad jurídica. Respecto de los párrafos 3 y 4 es conveniente mantener el término “contenedor” en el texto, en vez de utilizar, en la versión francesa, la expresión “engin de transport”, que carece de significado preciso en la práctica.

15. Artículo 65

Responsabilidad por perjuicio causado por demora.

16. El Consejo señala a los miembros del Grupo de Trabajo que son los cargadores quienes sufren, las más de las veces, los perjuicios derivados de las deficiencias del servicio (mercancías depositadas en el muelle, escalas eludidas, demoras de entrega), más que de los daños propiamente dichos, que la generalización del empleo de contenedores ha contribuido a reducir notablemente. Por esta razón, instan a los redactores del texto a fin de que prescindan de soluciones ya concebidas dimanantes de una tradición por lo demás respetable pero que ya está totalmente en desfase con la realidad del transporte marítimo.

17. El Consejo pide que los perjuicios causados por los daños o las pérdidas de mercancías resultantes de una demora sean indemnizados de la misma manera que los perjuicios y los daños en el artículo 64.

18. En lo que se refiere al perjuicio económico derivado de la demora, las modalidades de cálculo de la limitación no deberían fundarse en el monto del flete sino que deberían calcularse en función de las reglas generales de la limitación de la responsabilidad.

Hoy en día, la referencia al flete ya no es pertinente si se observa la volatilidad de las tasas de flete y su variabilidad (así, por ejemplo, un flete de Europa a Asia en 2005-2006 es inferior a 200 dólares EE.UU. por contenedor de 20’, mientras que de Asia a Europa, esa tasa es de 1.200/tc 20’).

Antes que prever [x veces] el importe del flete, el Consejo anima a los redactores del convenio a ser innovadores y a proponer una regla fundada en el [x%] de las modalidades de cálculo del artículo 64 para los daños.

Proponemos al Grupo de Trabajo que abandone las variantes A o B y que redacte un artículo específico para los perjuicios materiales y otro para los perjuicios inmateriales.

Artículo 66

19. El Consejo subraya que la entrega en los plazos establecidos forma parte de las obligaciones del porteador, en virtud del instrumento. Por consiguiente, el párrafo 1) es suficiente y el párrafo 2) resulta inútil.

Capítulo 9. Documentos de transporte

20. El Consejo toma buena nota de los artículos 37 a 43. No tienen ninguna observación especial que hacer sobre esos artículos, que retoman la jurisprudencia existente.

21. En lo que respecta a la firma del documento de transporte o del documento electrónico, el Consejo quisiera que el afán de identificación que se deriva del artículo 38 permitiera eliminar las palabras “como agente”^{*} sustituyéndolas por “como porteador”, con lo cual se eliminarían las imprecisiones en esta situación.

22. Con respecto al artículo 44 sería conveniente que el texto del convenio fuera más preciso en la redacción sobre el alcance de la reserva formulada por el porteador. El Consejo quiere poner de relieve que una reserva jamás exime al porteador de sus obligaciones con respecto a la mercancía.

Habría sido conveniente que el texto del convenio propusiera una fórmula más sencilla definiendo el carácter de las reservas, de modo que para que pudieran producir efectos, las reservas fueran “precisas” y estuvieran “motivadas”.

Ámbito de aplicación y autonomía contractual:

23. El Consejo es partidario de que el ámbito de aplicación sea amplio y de que garantice la previsibilidad de soluciones jurídicas, que es un requisito esencial para la estabilidad de los intercambios comerciales internacionales.

El Consejo no puede aceptar el ámbito de aplicación general especificado en el artículo 8 debido al enunciado del artículo 9.1. d), que establece como (nuevo) principio que el “contrato de volumen” no entra en el ámbito de aplicación del instrumento.

Del mismo modo que para los acuerdos OLSA, concepto teórico al que parece haberse renunciado, la definición que se acaba de dar al “contrato de volumen” en el artículo 1 no justifica de por sí una exclusión del ámbito de aplicación del instrumento.

24. En opinión del Consejo, por principio, la gran mayoría de las operaciones de transporte debería quedar abarcada por el futuro convenio.

Con la excepción de los contratos con póliza de fletamento, que están excluidos, los demás contratos que abarquen múltiples operaciones de transporte, efectuadas con tarifas negociadas y fijadas por un período determinado deberían entrar, por principio, en el ámbito del Convenio. Esos contratos no tienen nada excepcional; su uso es incluso de lo más normal y corriente.

25. En esa categoría entran:

- El “contrato de servicios”, reglamentados en la U.S. Shipping Act de 1998. Esos contratos, que en la práctica se utilizan únicamente en los transportes con destino a los Estados Unidos de América o procedentes de dicho país, no contienen más que disposiciones relativas a las condiciones técnicas de ejecución del contrato (compromiso de volumen, tasa de flete garantizada, penalización en caso de incumplimiento del

^{*} *Nota del traductor:* La expresión “como agente” figura en el artículo 12.

compromiso, validez mínima del compromiso, etc.). En la práctica se firman actualmente contratos de servicios en que las partes se comprometen a transportar un volumen de diez contenedores al año, e incluso menos.

- El “Ocean Liner Shipping Agreement” (Acuerdo de Transporte por Servicio de Línea) (OLSA), tipo de contrato aún desconocido en la práctica comercial internacional, pero que parece tener las mismas características que el contrato anterior.
- Cualquier otro contrato simplemente definido por una validez por un período determinado, por las cantidades que deben transportarse (con compromiso de volumen o sin él), eventualmente por condiciones operativas precisas y, en todos los casos, por precios libremente negociados.

26. No obstante, el Consejo ha concebido un marco que permite hacer excepción a determinadas reglas de la futura reglamentación, pero de manera específicamente negociada entre las dos partes y estrictamente enmarcada.

27. La posibilidad de hacer excepciones no debería estar subordinada a un tipo de contrato específico imaginado para cada circunstancia (contrato de volumen u OSRA* sino a una tipología de transportes precisos. En efecto, la posibilidad de hacer excepción al instrumento debería estar vinculada a la necesidad de organizar una estructura jurídica específica encaminada a englobar el transporte:

- De cantidades de mercancías importantes (por ejemplo, una cantidad que pudiera justificar una carga parcial),
- Reglamentado por el marco de condiciones operativas específicas (por ejemplo, la utilización de un muelle privado que justificara una cláusula FIO (franco de carga y descarga), plazos de entrega imperativos que justificaran las penalizaciones en caso de demora),
- Que haya sido objeto de una negociación efectiva entre las partes.

28. Este ejemplo se presenta casi exclusivamente en el marco de los transportes con buques denominados “convencionales”. En este caso tan preciso, es, por ejemplo, conveniente dejar que las partes hagan excepciones a las reglas usuales de organización del mantenimiento por las cláusulas FIO/FIOS (franco de carga y descarga/franco de carga, descarga y estibado), lo que justifica las disposiciones del artículo 14.2. Así, ese artículo, al igual que el artículo 11.6, debería limitarse claramente a ese ejemplo.

29. El Consejo subraya que en ningún caso debería autorizarse a las partes a hacer excepción a elementos sustanciales del contrato de transporte, concretamente mediante disposiciones que tendieran a reducir o incluso eliminar la responsabilidad del porteador (véanse los artículos 14.2 y 95). Por consiguiente, el Consejo reclama que los casos que pudieran ser sujetos a excepciones estuvieran definidos y se limitaran a casos previstos por el propio Convenio.

* Nota del traductor: El texto en francés dice aquí “OSRA”, pero quizá se confundió con “OLSA”.

30. El “contrato de volumen”, tal como se define en el capítulo I dista de tener tales características, al igual que el “contrato de servicio”, pues los criterios establecidos para definirlos abarcan casi la totalidad de las relaciones de negocios entre un cargador y un porteador y no presentan, por tanto, ningún carácter excepcional que justifique una excepción al instrumento. Son precisamente la cantidad importante y las condiciones operativas específicas lo que justifican que un contrato especialmente negociado pueda hacer excepciones al convenio, y no la cantidad especificada en una de las remesas previstas durante un período convenido*.

Autonomía contractual

31. El Consejo observa que el espíritu del nuevo Convenio da primacía al contrato y a la autonomía contractual. Por principio, el Consejo es partidario del enfoque contractual y de la autonomía de las partes para contratar bilateralmente. Sin embargo, los cargadores suavizan esta posición de principio al tener en cuenta las relaciones económicas que existan habitualmente entre las partes en un contrato de transporte por líneas regulares.

32. Resulta obvio que en el sector marítimo prevalece una situación de desequilibrio casi estructural entre las partes que va en detrimento de los cargadores.

33. No obstante, el hecho de que los armadores o las compañías navieras regulares se benefician de una ventaja exorbitante en derecho común en lo que se refiere a la inmunidad anticonsorcios, estos últimos gozan en general de una posición de negociación mucho más ventajosa que la de los cargadores. Efectivamente, sólo una ínfima minoría de los grandes cargadores puede tratar en pie de igualdad con las navieras. En la práctica, la gran mayoría de los cargadores no tiene ningún poder real de negociación sobre los elementos sustanciales del contrato de transporte. Por consiguiente, los cargadores consideran que no debe alterarse la protección que les brindaban convenios anteriores.

34. Esta situación puede ilustrarse con el párrafo 2 del nuevo artículo 14, que da al porteador la posibilidad de cargar a la cuenta del cargador las operaciones que, en el derecho actual, entran expresamente en el ámbito de su responsabilidad. Si a esa posibilidad se le añaden las disposiciones del artículo 95, el porteador podrá liberarse de su responsabilidad en el momento de la carga o de la descarga simplemente porque se le habrá hecho firmar un “contrato” justificado por la aplicación de “una tasa de flete baja”. No nos cabe duda de que esa posibilidad representará una gran ventaja para los porteadores comunes no marítimos (NVOCC) y para otros grandes “transitarios” que presionan para que se aumente al máximo la autonomía contractual.

35. Para el Consejo europeos, la carga y la descarga forman parte de las obligaciones sustanciales del porteador y a ello no pueden hacerse excepciones salvo en condiciones excepcionales como las que se mencionan más arriba. Lo mismo ocurre con los momentos de toma de posesión y de entrega, que son elementos demasiado delicados para estar totalmente sujetos a la (¿libre?) elección de las partes.

* *Nota del traductor:* Esta frase no está clara en el original francés, pero se ha traducido dándole el significado que parece tener.

36. Además, la posibilidad de hacer excepciones sin restricción al instrumento propiciará una desorganización del comercio internacional debido a la situación en la que podrán encontrarse los destinatarios (por ejemplo, en el caso de los contratos CFR, CIF, CIP, etc.), que correrán el riesgo de “heredar” de un contrato de transporte regido por disposiciones que están por debajo de la norma.

37. En efecto, las condiciones de adhesión del destinatario al contrato en que se hacen excepciones que se mencionan en el párrafo 6 b) del artículo 95 no garantizan nada en absoluto ¿Qué capacidad real puede tener un destinatario que espere urgentemente una mercancía (que probablemente ya haya pagado) para rechazar la aplicación de cláusulas que están por debajo de la norma, suponiendo aún que esté suficientemente informado para comprender dichas cláusulas y su importancia? Contrariamente a lo que puedan pensar los miembros del Grupo de Trabajo, por lo general los cargadores disponen de escasos conocimientos del derecho marítimo y están lejos de tener las capacidades de análisis jurídico que se les atribuye.

Observación sobre las cláusulas FIO-FIOS

38. A fin de responder a las inquietudes de ciertos miembros del Grupo de Trabajo en relación con las consecuencias jurídicas de las cláusulas de “franco de carga y descarga/estibado” (FIO/S), que son tal vez la razón por la que se mantiene el artículo 14.2, los cargadores señalan por una parte que la cláusula FIO/S no existe en el sector del transporte de contenedores, que hoy en día representa más del 90% del transporte total por líneas regulares, y, por otra parte, que, en la práctica, la expresión “a bordo” no afecta más que a la repartición del costo del mantenimiento en la tasa de flete y que no tiene consecuencias en el hecho de que es el porteador quien organiza el mantenimiento y que, por ello, debe ser responsable de él. (N.B.). Para el transporte en contenedor, la mayor parte de las tasas de flete son equivalentes a la expresión “a bordo” en los servicios regulares, lo cual induce al porteador a facturar al cargador los gastos de manipulación en la terminal (“Terminal Handling Charges” (THC)) para cubrir los gastos de las terminales y de embarque. Y no es menos cierto que el porteador, que es el único cocontratante del estibador, debe seguir siendo responsable en caso de daños sobrevenidos durante el mantenimiento de los contenedores.

39. La cláusula FIO/S puede, efectivamente, existir en el transporte “convencional” cuando se trata de remesas de mercancías muy importantes, en cuyo caso la responsabilidad de las operaciones de carga o de descarga debería recaer en la parte que organice esas operaciones (celebración del contrato con el estibador).

40. En tal caso, se recurre al contrato de transporte (conocimiento de embarque con la mención FIO/S) o a un “contrato de volumen” negociado para una serie de operaciones.

Este tipo de operación es suficientemente marginal para poder reglamentarla especificando el ámbito de aplicación del artículo 14.2.

Obligaciones del cargador

41. La puesta de manifiesto, mediante disposiciones específicas, de las obligaciones que deben cumplir los cargadores entra en la lógica de un contexto cada vez más orientado a la responsabilización de todos los actores del transporte. El Consejo se adhiere totalmente a ello. Consideran incluso que la posibilidad de

reducir al mínimo esa responsabilidad mediante un convenio contrario amparado por la autonomía contractual que ofrece el artículo 95 no sería aceptable. No obstante, el Consejo desea que las responsabilidades de cada parte se limiten a sus respectivos ámbitos de intervención y de competencia y que, en el marco del instrumento, esa responsabilidad se limite estrictamente al marco contractual, tal como ocurre con las obligaciones del porteador.

42. Así, según el artículo 28, el cargador es responsable del embalaje de sus mercancías, que debe ser suficientemente resistente para llegar sin daños al término del viaje. Asimismo, en caso de transporte con contenedores, el cargador es responsable de la carga de sus mercancías en el interior del contenedor. Estas obligaciones están totalmente justificadas.

43. Lo que inquieta al Consejo no es que se les imponga una responsabilidad en los ámbitos mencionados sino que esa responsabilidad del cargador parezca estar regida por el derecho común y que, por tanto, sea ilimitada. Esa situación pone de relieve un unilateralismo que acentúa el desequilibrio de un proyecto de convenio, ya de por sí desfavorable a los cargadores. Sería conveniente, para el equilibrio del texto, que los cargadores pudieran estar sujetos, en el marco del convenio, a un régimen de la responsabilidad equivalente al que está previsto para el porteador, con una limitación de responsabilidad, ya que las obligaciones del cargador se determinan en el marco contractual.

Cabe interrogarse sobre el motivo de la diferencia de trato entre el cargador y el porteador, que no se explica más que por la existencia de una larga tradición de desequilibrio entre la posición de la naviera y la de los usuarios del transporte marítimo, tanto desde el punto de vista económico como desde el jurídico. Este desequilibrio se observa por ejemplo en lo que se refiere a la responsabilidad dimanante del artículo 30.

44. Si se toma como ejemplo la responsabilidad enunciada en el párrafo b), resulta totalmente realista prever que el cargador que haga de buena fe una declaración errónea relativa a su mercancía o a los datos comerciales entre en conflicto con las disposiciones de evaluación de riesgos que, a partir de ahora, se vinculan a las leyes de seguridad antiterrorista y que se le condene a indemnizar sin límite al porteador marítimo en razón, por ejemplo, de la inmovilización de su buque durante varios días en el puerto por la aduana del país de destino.

45. Para algunas pequeñas y medianas empresas, la sanción económica puede resultar muy difícil de abonar. En el marco de la obligación dimanante del párrafo b) del artículo 30, el proyecto debería prever que, cuando la causa del perjuicio causado al porteador fuera una declaración inexacta de la mercancía por parte del cargador, éste pudiera limitar su responsabilidad (por ejemplo, a X veces el importe del flete).

46. En lo que respecta a la responsabilidad del cargador por incumplimiento de sus obligaciones, cabría también preguntarse si se trata de una responsabilidad por falta o de una responsabilidad de pleno derecho.

El instrumento tampoco dice nada sobre los plazos de prescripción ni sobre la competencia de los tribunales que deberán conocer de las demandas presentadas contra los cargadores.

En virtud del principio de la equidad, en lo relativo a la responsabilidad, la situación del cargador no debería ser más desfavorable que la del porteador.

47. Nota: el nuevo artículo 33 propone una redacción “orientada” y, por ende, desequilibrada.

En el artículo 1 se emplean términos peyorativos tales como “ilícito” o “inaceptable para el medio ambiente”, que dan una connotación aún más negativa a todo posible incumplimiento por parte del cargador (lo mismo ocurre en el artículo 15). En ningún artículo del capítulo 5, en que se definen las obligaciones del porteador, se emplea ese tipo de vocabulario.

48. Por otra parte, en el artículo 2, que obliga a colocar etiquetas para indicar los distintos tipos de peligro, no se especifica si esa obligación se comprueba en el momento de la entrega de las mercancías al porteador o si el cargador debe mantener ese etiquetado hasta la entrega (¿cómo podría hacerlo?), lo cual sería inaceptable como obligación. La sanción por el incumplimiento de esta obligación no puede ser otra que la dimanante de la responsabilidad contractual del cargador y, por esta razón, debería ser limitada.

49. La formulación actual, que prevé una responsabilidad ilimitada contra el cargador, pone una vez más en evidencia el desequilibrio en el trato que es sistemáticamente desfavorable a los cargadores, y que caracteriza al instrumento en su forma actual.

Derecho de control

Artículo 54 y siguientes

50. El Consejo desea que se reconozca el principio conforme al cual el cargador conserva un derecho de control sobre la mercancía mientras ésta no haya sido entregada. En la práctica, la organización de operaciones de transporte de puerta a puerta, que son largas y complejas, obliga cada vez más a los cargadores a modificar sus instrucciones durante el transporte a fin de adaptarse a todas las circunstancias aleatorias, concretamente en lo mercantil.

Hoy en día estas solicitudes de modificación dependen únicamente de la negociación comercial y, en la práctica, dependen únicamente de la voluntad del porteador debido a la relación de desequilibrio que existe entre el porteador y el cargador.

Por consiguiente, el artículo 54 y siguientes deberían permitir organizar y gestionar este tipo de situación en un marco legal y permitir también afirmar que el contrato de transporte no priva al cargador de enajenar su mercancía.

51. A fin de que ese principio pudiera aplicarse sin cuestionamientos, el Consejo sería partidario de que se ajustara el artículo 54 y de que, en vez de evocar el derecho a dar al porteador instrucciones sobre la mercancía, el texto afirmara claramente el principio en virtud del cual el cargador (o la parte controladora, así como el tenedor regular del conocimiento de embarque) debiera conservar un derecho (automático y unilateral) sobre la mercancía en tanto en cuanto ésta no hubiera sido entregada o el conocimiento de embarque no hubiera sido transmitido (por oposición a la modificación del propio contrato que, por naturaleza, es bilateral) y que pudiera dar instrucciones relativas al funcionamiento del transporte.

52. El enunciado del artículo 54 podría, entonces, decir lo siguiente:

“El derecho de control designa el derecho que tiene el cargador a modificar el contrato de transporte y el derecho dimanante de dicho contrato a dar al porteador instrucciones relativas a las modalidades de transporte de las mercancías durante su período de responsabilidad” (...).

53. Por lo que respecta al artículo 55 y la puesta en práctica del derecho de control, el Consejo lamenta que el texto modificado otorgue a partir de ahora únicamente ese derecho a la parte controladora y que el cargador ya no pueda ejercerlo como parte controladora *a priori*.

54. El enunciado anterior (artículo 54 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32) era preferible en esta cuestión, pues se basaba en la práctica de los negocios. Además, la obligación de mencionar toda modificación del documento de transporte (artículo 5, párrafo 2) demuestra un desconocimiento de las realidades prácticas. En efecto, el problema del control de la mercancía se plantea cuando el cargador ha transmitido su documento de transporte y cuando precisa un marco jurídico concreto para poder dar rápidamente instrucciones de modificación del funcionamiento del transporte.

55. Efectivamente, en la práctica, cuando el tenedor de un documento de transporte es un banco debido a su condición de instrumento de pago, puede ser necesario dar rápidamente al porteador instrucciones sobre la mercancía. En este supuesto, las soluciones mencionadas en el artículo 55.2, basadas en el traspaso del documento de transporte, son inapropiadas cuando es necesario actuar con rapidez. Convendría disociar al tercero que fuera tenedor regular del documento de transporte (por ejemplo, al banco), al que a menudo no le importan las modalidades de transporte, de la parte controladora, preservando los derechos del tercero tenedor.

56. El Consejo sugiere, pues, a los redactores del Grupo de Trabajo que prevean modalidades rápidas para la aplicación de ese derecho a modificar las instrucciones al porteador sin limitarlo exclusivamente a la clásica transmisión del documento de transporte.

57. Sería asimismo conveniente prever un párrafo complementario en que se especificara lo siguiente: El tenedor del documento de transporte (que ya no sea el cargador) puede dar al porteador instrucciones por todos los medios escritos seguros, de ejecutar las instrucciones que le dará una parte específicamente designada y que el porteador deberá ejecutar cuando reciba la confirmación de dichas instrucciones por parte del cargador o de la última parte controlante cuya designación le haya sido oficialmente notificada.

58. El Consejo considera que el artículo 55* es un elemento clave de este nuevo dispositivo. Por ello, rechazan la variante A que, en su párrafo c), dificulta mucho en la práctica la aplicación de los párrafos a), b) y c) del artículo 54.

En efecto, es muy posible, y ello se toma en consideración en la decisión del cargador o de la parte controladora, que una modificación de las instrucciones pueda acarrear costos suplementarios, pero esta situación no debe crear un bloqueo, a condición que se mantenga dentro de límites razonables.

* *Nota del traductor:* El texto francés dice “artículo 55”, pero el comentario más bien parece referirse al artículo 57.

En opinión del Consejo, la redacción de la variante B es la más eficaz.

59. Esa redacción plantea el principio de la obligación de actuar, que recae en el porteador (párrafo a)), pero también fija límites al derecho conferido por el artículo 54.

El Consejo reconoce que la demanda debe ser razonable y compatible con las limitaciones de la expedición marítima, y, con ese fin, proponen que, en el párrafo c) de la variante B se agregue el concepto de (molestia) “importante”.

El Consejo considera que los gastos adicionales, que serían consecuencia de un cambio en las instrucciones, no deben constituir un motivo que permita al porteador rechazar esas nuevas instrucciones. Este punto tiene como corolario la obligación enunciada en el párrafo 2 de reembolsar los gastos suplementarios (por ejemplo, los párrafos a) y b) del artículo 3 también son necesarios para permitir que un cargador solicite a un porteador que asuma un “riesgo” operativo y/o económico ofreciéndole una garantía frente a las consecuencias de la asunción de ese riesgo).

60. En un orden de ideas similar, es lógico que el porteador sea responsable de las consecuencias de que se rehúse respetar las instrucciones del artículo 54 (artículo 57 v. B.4)*. Asimismo, es lógico que el porteador, al respetar las nuevas instrucciones, siga siendo, no obstante, responsable de las obligaciones habituales que tiene el porteador en el marco de un contrato de transporte.

Es preciso que este punto, en caso de modificación (razonable), quede necesariamente integrado entre las obligaciones del porteador.

El enunciado actual hace pensar en una especie de cláusula de cambio de derrota (“deviation clause”), pero a la inversa. A fin de articular claramente esa doble responsabilidad (la responsabilidad por los perjuicios causados al negarse a aceptar nuevas instrucciones y la responsabilidad ordinaria del porteador una vez que haya aceptado la modificación de las instrucciones), resulta necesario redactar el artículo 57 de forma más precisa.

Una vez más, el Consejo subraya que esa nueva construcción jurídica, que es necesaria en la práctica de los negocios, no debería verse mermada por la posibilidad ofrecida de inmediato de hacer excepción a ella, lo cual equivale a una modificación del contrato.

En este punto, el artículo 60 es contraproducente.

Traspaso de derecho

61. El Consejo acoge favorablemente la toma en consideración de las grabaciones electrónicas como medio de traspaso de los derechos del mismo modo que se traspasan con la transmisión tradicional del documento de transporte.

Sin embargo, el artículo 62.2 nos parece particularmente peligroso debido a la orientación actual del Grupo de Trabajo, que tiende a hacer prevalecer la autonomía contractual de las partes sobre la función de protección de los cargadores que se había consignado hasta la fecha en los convenios marítimos internacionales.

* El texto francés hace referencia a la “variante B, párrafo 4”, pero el párrafo 4 no es parte de la variante B.

En efecto, existe el riesgo de que ese artículo tenga como consecuencia hacer soportar al destinatario los compromisos contractuales contraídos por el expedidor a los que pueda hacerse excepción.

Así, el cargador que habrá negociado un flete muy económico asumiendo las obligaciones del artículo 14, que de ordinario son responsabilidad del porteador, transmitirá esa obligación al destinatario (tenedor del documento de transporte) en cuanto figure en el documento de transporte una cláusula ad hoc, aunque sea simplemente una mención, por ejemplo, de una cláusula “Free In & Out”, agregada mediante un simple sellado.

62. Este artículo constituye una ilustración perfecta de las razones por las cuales el Consejo se opone a la orientación que ha adoptado el Grupo de Trabajo en ciertos aspectos para permitir que se haga excepción a todas las reglas básicas del derecho internacional del mar, puesto que existe un “contrato” entre el cargador y el porteador.

63. Si se mantuviera el enunciado actual del artículo 62.2, merecería la pena aclararlo, e incluso reconsiderarlo, ya que parece imponer al tenedor que no es el cargador, más obligaciones que las que éste tiene por derecho, cuando no ha participado en la negociación del contrato. Existe, pues, el riesgo de que la parte controladora deba asumir las obligaciones que corresponden al cargador (pago del flete muerto, sobrestadía, etc.), pero también las que normalmente corresponden al porteador, pero que el cargador habrá asumido (artículo 14).

Duración de la responsabilidad

64. El Consejo considera que la redacción del artículo 11 constituye un claro retroceso en relación con los progresos que constituían las Reglas de Hamburgo (artículo 4) y también en relación con las soluciones adoptadas en los convenios más modernos en materia de transporte internacional.

Por una parte, el Consejo observa la merma del fundamento del principio que rige la responsabilidad del porteador, a saber, la custodia de la mercancía, concepto que permitía delimitar con precisión el período que mediaba entre el inicio y el final de la custodia de la mercancía.

El Consejo observa que la merma de esa regla, que repercute directamente en la responsabilidad del porteador, dimana una vez más de la voluntad de introducir sistemáticamente una posibilidad de hacer excepciones a todos los elementos sustanciales del derecho marítimo internacional.

El Consejo se opone enérgicamente a esta orientación, sobre todo teniendo en cuenta que los párrafos 2 y 3 del artículo 11 permiten que el momento y el lugar se definan no sólo en el contrato de transporte, lo cual en la práctica nunca es cuestionable, sino también conforme a los usos y costumbres del comercio. Así, el concepto de custodia pasaría a ser un factor residual.

65. El párrafo 6 del artículo 11 introduce de nuevo la cuestión del buen fundamento de la autonomía contractual. El texto del artículo 11.6 se comprende si se trata de adecuar la práctica, rara en porcentajes pero bien real, de la celebración de contratos de transporte (no especialmente repetitivos) que cubren una operación fuera de lo común debido a la cantidad importante de mercancías a transportar en una sola remesa (transporte casi exclusivamente realizado en buques

convencionales) y que justifica así la negociación de una cláusula FIO(S). Nos encontramos en un contexto cercano a los servicios irregulares, en que la carga es realizada a menudo por el cargador y, por tanto, resulta lógico tenerlo en cuenta para apreciar el momento en que da comienzo la responsabilidad del porteador (y lo mismo en el momento de la llegada).

Pero si se trata de permitir que el porteador, en el marco de un transporte por línea regular (que en el 99% de los casos es realizado por un buque de transporte de contenedores), demore la toma de posesión de las mercancías aprovechando a la vez los efectos del artículo 14.2 y del artículo 11.6, entonces el Consejo se opone totalmente a esta maniobra y reiteran su rechazo de una autonomía contractual específicamente concebida para aventajar al porteador marítimo.

66. Por último, y no se trata de la disposición menos importante, para permitir al porteador eludir su responsabilidad como porteador intermodal, la posibilidad que se le ofrece, por medio del artículo 12, de ampararse en el estatuto jurídico del “transitario - intermediario de transporte”, anula de hecho toda posibilidad de que el porteador, que efectuará un transporte de puerta a puerta, asuma una responsabilidad global desde el principio hasta el final. El Consejo conoce por experiencia las cláusulas preimpresas de los conocimientos de embarque (contratos de adhesión) mediante las cuales los porteadores tratan de limitar la duración de su período de responsabilidad.

En adelante, si se acepta, la “autonomía contractual” permitirá incluso al porteador que realice un transporte de puerta a puerta estar exento de toda responsabilidad (!). Este retroceso a las prácticas anteriores al Convenio de Bruselas y la inseguridad que provoca no puede ser aceptada por el Consejo, que pide que el enunciado del artículo 12 se calque del artículo 4 del Convenio de Hamburgo.

Entrega al destinatario, artículos 46 a 52

67. El Consejo se felicita de que el Grupo de Trabajo haya tratado de hallar soluciones de derecho a situaciones concretas que antes no estaban reglamentadas o lo estaban escasamente. La afirmación de una obligación de asumir la entrega que corresponde al destinatario es lógica y no admite cuestionamiento, y las disposiciones del artículo 46 y siguientes que organizan esta situación son bienvenidas, bajo ciertas reservas importantes de los puntos que se plantean a continuación.

Cabe señalar que el destinatario, en ciertos casos, puede encontrarse en la imposibilidad de asumir efectivamente la entrega de la mercancía en el momento convenido por razones imputables a la legislación del país de destino, por ejemplo, la legislación aduanera.

Por esta razón, parece conveniente que, en la medida en que el destinatario o la parte controladora están identificados y les resulta imposible asumir la entrega, siga vigente la responsabilidad del porteador O de la parte ejecutante (deben suprimirse los corchetes) hasta que la entrega pueda ser efectuada.

68. Por lo que respecta al artículo 48, cuya utilización debería ser marginal, los cargadores preferimos la variante A del párrafo b).

69. En cuanto al artículo 49, tiene un alcance mucho más amplio, por lo que el Consejo le ha prestado mucha atención.

El Consejo hace suyas las disposiciones que tienden a resolver las cuestiones prácticas relativas a la entrega de las mercancías. Sobre este punto, apoyan el enunciado de este artículo, y concretamente el de los incisos i) y ii) del párrafo a) y el del párrafo b).

70. Con el fin de que se resuelvan dos problemas operativos recurrentes, el Consejo pide al Grupo de Trabajo que tome en consideración el caso en que el destinatario real no tiene en su poder el documento de transporte (por ejemplo, el conocimiento de embarque a la orden, en blanco) cuyo traspaso se haya visto demorado por las modalidades de pago de la mercancía (documentos de acreditación, pago previa presentación de documento) o por un simple retraso en la transmisión.

71. Este destinatario puede tener interés en asumir la entrega a fin de evitar los gastos de estacionamiento o simplemente porque necesita urgentemente la mercancía.

En este caso se trata de permitir que el porteador entregue la mercancía al destinatario que pueda figurar como persona a la que hay que notificar, sin presentación del documento de transporte previo acuerdo del porteador (por ejemplo, del banco) Y del cargador (o de la parte controladora, cuando ésta no sea el cargador). Sería deseable modificar en ese sentido el artículo 49 a) i).

Por otra parte, también sería conveniente agregar al texto una cláusula destinada a impedir que el porteador pueda insertar en sus documentos de transporte una disposición que le autorice a entregar una mercancía previa presentación de lo que él crea razonablemente que es un conocimiento de embarque auténtico. En ese caso, sería lógico que la responsabilidad de esta entrega culposa recayera en el porteador, imponiéndole la obligación de ejercer, respecto de sus propios documentos de transporte tal vez falsificados, un control que vaya más allá de lo simplemente “razonable”.
