***LAS REGLAS DE ROTTERDAM, ¿FRACASO O REFORMA?***

***José Maria Alcántara González. \****

**RESUMEN**

**El presente ensayo emprende una relectura comentada del texto del Convenio relativo al Transporte de mercancías total o parcialmente por mar, de New York 2008, suscrito y abierto a la firma en Rotterdam, 2009, exponiendo las dificultades interpretativas de diversos apartados de su contenido. Continúa el comentario con el relato de las críticas opositoras y las dudas suscitadas durante el período de gestación a partir del borrador de Convenio aprobado por el CMI en Singapur, y con posterioridad a la firma en Rotterdam. Se añade una propuesta de reforma, no admitida oficialmente, que circula entre los ámbitos doctrinales y sectoriales relacionados con el transporte marítimo de mercancías y con el transporte multimodal.**

**CONTENIDO:**

**1.- El tenor y contenido del Convenio de 2009 comentado (algunos antecedentes; introducción al instrumento internacional; definiciones y disposiciones generales; ámbito de aplicación; giros electrónicos de transporte; derechos de la parte controladora y transferencia de derechos; responsabilidad del porteador por pérdida, daños o retraso; régimen del cálculo de la indemnización debida por el porteador; responsabilidad del cargador; entrega en destino de la mercancía: poderes especiales del porteador; limitación de la deuda del porteador; acciones: jurisdicción y arbitraje; contratos de volumen; seguridad jurídica del marco obligacional de las Reglas de Rotterdam).2.- Las críticas, oposición y dudas.3.- Perspectivas de reforma.4.-Conclusión.**

***A José Luis Gabaldón, desde nuestras diferencias, con reconocimiento y agradecimiento por su obra de divulgación internacional****.*

***1.El tenor y contenido del Convenio de 2009.***

***Algunos antecedentes.***

La tardía entrada en vigor de las Reglas de Hamburgo, en 1992,habia dejado a la comunidad marítima internacional durante prácticamente la segunda mitad del siglo XX a merced de la regulación de las Reglas de la Haya, enmendadas en 1968 (Protocolo de Visby) y 1979 (Protocolo DEG).Esa vigencia internacional, buscada por las NN.UU.,tardó 14 años en producirse y fue alcanzada gracias a la ratificación de las Reglas de Hamburgo por países de escasa entidad marítima con la ausencia sonora de los países europeos de tradición marítima y los más desarrollados económicamente.

Esa situación no ofreció cambios sustanciales con el paso del siglo, alcanzando el Convenio de Hamburgo un numero de ratificaciones no superior a 35, mientras que aumentó la adopción de las Reglas de la Haya-Visby.

La comunidad marítima se encontró aún más dividida pues los instrumentos con “vocación unificadora” fueron dos, tres o cuatro ,a saber: el Convenio de Bruselas de 1924(Reglas de la Haya); dos, el Convenio de Bruselas más el Protocolo de 1968(Reglas de la Haya-Visby); tres, el Convenio de Bruselas más los dos Protocolos de 1968 y 1979(Reglas de la Haya-Visby 1979);y cuatro, el Convenio de Hamburgo de 1978(Reglas de Hamburgo).Con estos parámetros internacionales hay que contar, además, con los regímenes jurídicos de los países que no han adoptado ninguno de estos cuatro modelos y se gobiernan por su ley nacional .El panorama de no-uniformidad era manifiesto, contabilizándose hasta nueve sistemas de limitación de responsabilidad, según la aplicación de una determinada regulación. Era muy difícil, si no imposible, encontrar a un Cargador y a un Porteador Maritimo domiciliados en un mismo país regulador. Al tiempo, la economía y la tecnología del transporte de mercancías habían evolucionado hacia fórmulas de combinación de medios de conducción en un enfoque de transporte “puerta a puerta”, abiertamente combinado, y no tanto de “puerto a puerto”, sin que el transporte netamente maritimo hubiera desaparecido. La peor consecuencia del retraso de la vigencia internacional de las Reglas de Hamburgo 1978 fue la caída en el olvido de los Convenios Multimodal 1980 y de Responsabilidad de Operadores de Terminales Internacionales 1991, que habían sido diseñados por las NN.UU.con una intención global y coordinada. La uniformidad internacional fracasaba estrepitosamente.

Ante tal estado de cosas, la UNCITRAL ,Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, recogió un trabajo interno del Subcomité Internacional de Transporte de Mercancías por Mar, del Comité Maritimo Internacional (CMI),iniciado en 1996,y constituyó un Grupo de Trabajo en 2001.El Grupo de Trabajo(III) fue encargado de la preparación de un instrumento de rango legal sobre cuestiones concernientes al transporte internacional de mercancías ,que derivaron hacia el objetivo de un auténtico nuevo régimen de responsabilidad del Porteador y cuestiones conexas. Después de seis años de sesiones de trabajo, que se celebraron de forma alternada en Viena y New York, el Grupo de Trabajo distribuyó en Noviembre 2007 el texto de un Convenio sobre el transporte total o parcialmente maritimo de mercancías, que explicaba extensamente su alcance y significación .Este proyecto trataba de sustituir las Reglas de la Haya y las de Hamburgo con la idea de superar la división de la comunidad marítima internacional fragmentada entre los países partidarios del Convenio de Bruselas, preferentemente los europeos, y los defensores del Convenio de Hamburgo, principalmente los países socialistas y en vías de desarrollo. Y además buscaba lograr un primer instrumento internacional aceptable para el transporte multimodal.

**Introducción al instrumento internacional**

El texto, finalmente aprobado de manera formal el 23 septiembre 2009 en la ciudad de Rotterdam (aunque había sido votado en la Asamblea de las Naciones Unidas de New York el 11 Diciembre 2008, es muy extenso y complejo. Contiene 18 capítulos y 96 artículos para regular un número de cuestiones, y no todas, relativas al transporte maritimo de mercancías. Sus redactores le otorgaron una complejidad extraordinaria, no sólo conceptual, terminológica y de ordenación sistemática, sino que utilizaron el recurso de remisiones en el texto mediante más de 200 llamadas. El Convenio es un laberinto para todo jurista latino que esté acostumbrado a una sistemática más acorde con un orden obligación-responsabilidad-reclamación, como es el exhibido por las Reglas de Hamburgo. El nuevo Convenio, en realidad, contiene tres Convenios en uno, a saber, uno sobre Transporte Maritimo de mercancías; otro sobre Transporte Multimodal, y otro sobre Venta de mercancías en tránsito. Además de regulaciones parciales sobre la contratación por vía electrónica y sobre responsabilidad del Cargador.

Así, no sólo se pretende reformar los anteriores Convenios sino ir más allá abarcando el tránsito puerta-puerta, introduciendo nuevos capítulos y nociones y abordando el difícil terreno de los documentos nominativos de transporte, de los giros electrónicos y de la transmisibilidad de las mercancías durante el viaje. Esa ambición temática no había tenido precedentes.

En los siguientes epígrafes veremos los contenidos a destacar, que son casi todos, y al final haremos una evaluación comprensiva que pueda mejor explicar la crisis sobrevenida.

Un análisis pormenorizado servirá para mejor entender las dudas internacionales surgidas desde la primera divulgación del borrador del CMI hasta la aprobación del texto final por la Asamblea de la UNCITRAL en New York. Una dilatada génesis que convivió con un verdadero debate mundial en torno a la conveniencia de adoptar el nuevo Convenio. Del detalle comentado de las principales normas del Convenio podrán recogerse las opiniones críticas surgidas desde el inicio de los trabajos preparatorios culminados en New York en 2009, y las que continuaron después durante la fase de ratificación del Convenio.

**Definiciones y Disposiciones Generales**

El Convenio, como es habitual en muchos Tratados de Derecho Maritimo, establece su propio diccionario para traducir la nomenclatura y los conceptos adoptados en el mismo mediante un capítulo de “Definiciones”, que no se contraen a 8 ,como en las Reglas de Hamburgo, sino que se extienden a 30,por lo que esta guía definitoria será imprescindible para poder entender un texto legal que se aparta de la realidad marítima conocida más que ninguno otro, no para desfigurarla sino para llamarla de otro modo, de un modo extraordinariamente convencional y no utilizado en el comercio.

Las Definiciones más destacadas son las siguientes y hay que advertir que no encontraremos en ellas familiaridad precedente alguna:

- “Contrato de Transporte”: contrato por cuya virtud un transportista se obliga, a cambio del pago de un flete, a llevar una mercancía de un lugar a otro. Esa definición puede comprender a una Póliza de Fletamento, a un Conocimiento de Embarque, a un Documento de Transporte Multimodal, a una carta de porte terrestre, a una carta de porte marítima (Sea Waybill) y otros ejemplos. Pero la definición aclara que el contrato deberá tener por objeto el transporte de mercancías por mar y puede (no siempre ni necesariamente) incluir otros modos de transporte además del maritimo. Con lo que, en dos frases separadas, el Convenio trata y se refiere a un contrato de transporte maritimo de mercancías de forma obligada, y si no lo hay no se aplica el Convenio, que puede extenderse o completarse con trayectos no marítimos. De tal forma que ya entenderemos por regulado en el Convenio el transporte maritimo y, a veces, también el multimodal siempre que una de las fases del mismo, no necesariamente la principal, sea marítima. Así, al versar sobre dos modelos de transporte de mercancías (uno totalmente por mar; y otro parcialmente por mar) automáticamente deja fuera y excluye el transporte multimodal sin fase marítima, y todos los transportes unimodales no marítimos. Es decir, es una regulación internacional que por mor de extender su ámbito excluye una forma de tránsito “puerta-puerta”, es decir, p.ej. la realizada por una combinación sucesiva tierra-ferrocarril-aire.

El objetivo material “maritimo plus” del Convenio es, a la vez, una objeción a regular internacionalmente el transporte multimodal, con lo que la tumba donde yace el Convenio Multimodal de Ginebra 1980 quedará sellada para siempre si el Convenio de Rotterdam entra en vigor.

- “Contrato de Volumen” alude a un contrato de transporte de una cantidad especificada de mercancías a través de una serie de embarques durante un periodo de tiempo convenido, con un máximo y un mínimo discrecionalmente.

Esta noción es ajena al transporte maritimo, pero responde a la práctica de los EE.UU. en cuanto a la contratación de volúmenes de carga sin designar buque ni viaje. Para un jurista latino se aproximaría mucho al fletamento de viajes consecutivos con reserva de designación de buque. La razón de esta definición radica en que el Convenio, en el art.80, regulará este tipo de transporte estadounidense por medio de reglas especiales. Hay que suponer que tal volumen de mercancías podrá ser conducida por vía marítima y por otra complementaria a los efectos de la aplicación del Convenio.

- “Transporte de Línea regular y de no-Línea regular”. Esta definición no afecta al objeto regulador, pero está ahí para explicar que alude a servicios de transporte anunciados con publicidad realizados por buques que operan entre puertos concretos de forma habitual y organizada con frecuencias de fechas de zarpe que son dadas a conocer. Y los que no lo hacen así son “no-líneas regulares”. Es una noción ya conocida en el mercado diferenciada de los buques “tramp” y otros por razones de organización del tráfico, pero no hay razón jurídica aparente para situarla en el diccionario del Convenio. Será distinta de los “contratos de volumen” en cuanto que los transportes “liners” son organizados por la Naviera operadora de los buques y no resultan de un acuerdo de partes.

- “Porteador”. Es definido como la persona que concluye un contrato de transporte con un Cargador. Equivale al “Porteador contratante” de las Reglas de Hamburgo, y al “Porteador” de las Reglas de la Haya- Visby”. ¿Y el Porteador efectivo?. Las Reglas de Rotterdam amplían el cuadro valiéndose de otros dos términos nuevos, como son “parte ejecutante” y “parte ejecutante marítima”. De tal forma que utilizan tres para decir lo siguiente: el “Porteador” contrata el transporte, la “parte ejecutante” es el porteador efectivo que ejecuta cualquiera de las obligaciones del Porteador contractual bajo el contrato(recepción , carga, manipulación, estiba, transporte, custodia, descarga o entrega de las mercancías), pero siempre que actúe ,directa o indirectamente ,por encargo del Porteador (contractual) o bajo su supervisión o control; y la “parte ejecutante marítima” es aquella que ejecuta ,o se compromete a ejecutar, una de las obligaciones del Porteador pero dentro de la fase comprendida entre la llegada del buque al puerto de carga y su salida del puerto de descarga. Es decir, que, si el Porteador que contrata es el mismo que ejecuta, entonces se llama “performing Carrier “y “parte ejecutante”, y si lo que ejecuta es una tarea comprendida dentro de la fase marítima, entonces será “parte ejecutante” marítima. Pero todos y cada uno serán porteadores. Como no se ha definido aún el ámbito material de aplicación del Convenio, surgirá la cuestión de si todo aquel transportista terrestre que ejecutase una tarea o actividad que correspondiese al Porteador dentro de la fase marítima será “parte ejecutante marítima”. La definición lo aclara señalando que lo será si realiza sus servicios dentro del área portuaria exclusivamente; pero ello no es satisfactorio porque puede que muchos transportistas terrestres operen dentro y fuera del área portuaria, por lo que ha de referirse a que el servicio que se realiza por o para el Porteador será dentro del área portuaria, pero el “área portuaria” no coincide con los límites del ámbito territorial del Convenio, como veremos. Otra duda surgirá del empleo de la expresión “or undertakes to perform” (o se compromete a ejecutar) ya que lo que define es el carácter efectivo de la prestación y parece que el Convenio contemplase una delegación o una subdivisión de los cometidos de las partes “ejecutantes”, que deberá alcanzar a los agentes y dependientes de los mismos.

- “Cargador” y “Cargador documental” aparecen diferenciados en cuanto a que el segundo es sólo el que figura como Cargador en el documento de transporte o en el giro electrónico. Por lo que, aquí sucede al revés, el “cargador” será ejecutante siempre.

- “Tenedor”. Es una definición que no aparecía en las Convenciones anteriores. Se le llama así a aquella persona que está en posesión de un documento de transporte negociable y, si el documento está emitido a la orden, figura identificada en el mismo como Cargador o Receptor o es la persona a la que el documento ha sido endosado; o, si el documento es al orden endosado en blanco o es al portador, entonces es la persona portadora del mismo. Y también es “tenedor” aquella persona a la que se ha emitido un giro electrónico negociable o ha recibido transmisión del mismo de acuerdo con los procedimientos de transmisión previstos en el Convenio.

- “datos del contrato” significa toda información relativa al contrato de transporte o a las mercancías (incluyendo términos, anotaciones, firmas y endosos) que figura en un documento de transporte o en un giro electrónico de transporte.

Otras definiciones serán referidas a los efectos de las disposiciones del Convenio que se comentarán.

Las Definiciones vienen completadas con un principio general de interpretación, también recogido por las Reglas de Hamburgo, como es el del “carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad a través de su aplicación”. El art.2 añade, sin que tenga mucho pretexto, otro que es el de “la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. Una frase hueca, para el usuario del transporte, pero de cierto valor litigioso.

**Ámbito de aplicación (Capitulo 2).**

Este es un aspecto fundamental para la aplicación y uso del Convenio.

Tiene un ámbito general de aplicación territorial (art.5) similar al de las Reglas de Hamburgo, pero amplia el radio hacia los puntos de recepción de la mercancía para transporte y de entrega de la misma, con lo que suma a los puntos de conexión de aquéllas referidos al puerto de carga y al de descarga, estableciendo que el Convenio se aplicará a todo contrato de transporte ejecutado entre dos Estados diferentes, pero con la clave de que se aplicará siempre que se encuentren en un Estado Contratante cualquiera de los siguientes:

-el lugar de recepción de la mercancía.

-el puerto de carga

-el lugar de entrega

-el puerto de descarga

De esta forma, y sin necesidad de pacto expreso en el documento de transporte, el Convenio se aplicará siempre mientras que uno de sus extremos territoriales, para fase no marítima y para fase marítima, esté situado en un Estado contratante.

El test de aplicación del Convenio es únicamente ése: la localización del principio o fin del transporte en un Estado contratante, sin que el factor de la nacionalidad del buque o de las partes intervinientes afecte en nada (art.5.2).

Pero el Convenio (art.6) formula unas “exclusiones específicas” de índole material, señalando que el Convenio se aplica solamente a LINEAS REGULARES, lo que sorprende se haga por un medio negativo, de exclusiones.

Así, dentro de las Líneas Regulares (ver definición) el Convenio no se aplicará cuando el contrato adquiera formato de Póliza de Fletamento u otra fórmula de empleo de un buque o de espacio en un buque (aptdo.1).

Pero, y ahora se usa la referencia negativa, es decir, para las LINEAS NO REGULARES, el Convenio no se aplicará nunca excepto cuando no exista Póliza de Fletamento u otro contrato de empleo de un buque o de espacio en el buque y se haya emitido un documento de transporte o un giro electrónico (aptdo.2). El método es desafortunado y será necesario traducir que:

-Las disposiciones del Convenio se aplicarán siempre que los señalados puntos de conexión, bastando uno de ellos, estén situados dentro de un Estado Contratante y siempre que se trate de un tráfico de LINEA REGULAR, en el que no se empleen Pólizas de Fletamento o modelos contractuales de utilización de buque entero o de un espacio, o de un tráfico de LINEA NO REGULAR en el que se haya emitido un documento de transporte o un giro electrónico.

Destacaremos que el Convenio no se aplica NUNCA a las Pólizas de Fletamento ni contratos similares, sean o no contratos de transporte.

Pero con una EXCEPCION, consistente en las relaciones entre el Porteador y el Destinatario, Parte Controladora o Tenedor que no sean contratantes de las Pólizas de Fletamento o contratos similares antes excluidos. Con lo que saca al Convenio de una esfera contractual nunca internacionalmente abarcada, y lo sitúa en el campo de la relación jurídica que causa que se emita un documento de transporte o un giro electrónico. Por lo que, más que una excepción, es una justificación de la regla exceptuada en el art.6.2.

**Giros electrónicos de transporte (Capitulo 3)**

Esta es una de las grandes novedades del Convenio de 2009.Se pretende incorporar el transporte de mercancías por mar a una cultura del “paperless” o de supresión del papel, que ya está en marcha en algunos sectores del comercio mundial gracias a la revolución digital. La transmisión electrónica de datos era viejo objetivo de estudio por el Comité Maritime International (CMI), que concluyó en la década de los 90 con unas “reglas para transmisión electrónica de datos relativos a Conocimientos de Embarque”, las cuales no tuvieron apenas éxito ante la resistencia de los Bancos y la insistencia de éstos en la permanencia del papel para uso uniforme de créditos documentarios, con el requisito de emisión del Conocimiento de Embarque.

Así será mejor tratar en conjunto toda la materia agrupando los Capítulos 3,10 y 11, y los art.35 (Capitulo 8) y 45-47 (Capitulo 9), con el fin de mejor conseguir una comprensión unitaria de la regulación propuesta para un régimen de no-papel sino por vía electrónica.

Partiremos de la noción inicial de que, con el acuerdo del Cargador, toda la información que debe ir contenida en un documento de transporte puede ser grabada en un giro electrónico de transporte con idénticas propiedades y efectos jurídico -materiales. Pero es imprescindible el consentimiento del Cargador, de ahí el acuerdo entre Porteador y Cargador(art.8).

Naturalmente, al utilizar los giros electrónicos de transporte de forma negocial será necesario atender a reglas de procedimiento en cuanto el método o mecanismo de emisión del giro electrónico y de su trasmisión a un tenedor, en cuanto a la garantía de que en la negociación el giro electrónico permanecerá íntegro y no perderá contenido, en cuanto a cómo demostrará el tenedor que es el único portador, y en cuanto a la forma de confirmar la entrega de las mercancías al tenedor o que, al cumplirse las previsiones contractuales ,el giro electrónico dejará de tener efecto o validez, al igual que sucede con la presentación del documento de transporte .El Convenio no aporta esas “reglas de procedimiento” sino que las deja a acuerdo entre las partes ,que debe figurar con todo detalle en los datos del contrato que se contienen en el giro electrónico (art.9);por lo que cabe esperar que dichas “reglas de procedimiento” sean redactadas unilateralmente por los Transportistas de Línea Regular e impuestas a los cargadores usuarios.

Será posible cambiar de un documento ya emitido a un giro electrónico negociable cuando el documento sustituido queda inhabilitado y sin efecto (art.10).

No existe, por tanto, dificultad alguna para adoptar el sistema electrónico.

Veremos que el acuerdo para su uso entre Porteador y Cargador puede ser equiparado, implícitamente, por la costumbre en el tráfico. De tal modo, el Cargador tendrá derecho a pedir al Porteador que le facilite un giro electrónico

no-negociable de transporte, o bien un giro electrónico negociable de transporte. Insistiremos, siempre y cuando para uno u otro exista un acuerdo previo entre Porteador y Cargador o, si no lo hay, resulte de una costumbre o uso o práctica establecida en el tráfico (art.35, Capitulo 8). Hay que entender que la prueba del uso, costumbre o práctica corresponderá siempre al Cargador ya que es la parte interesada en obtener la emisión de un documento de transporte o de un giro electrónico, a su elección. Se echa de menos una mayor precisión para la expresión “tráfico”, porque no es seguro que un Cargador pueda exigir un giro electrónico de un Naviero pequeño de Línea Regular costera, que no lo use, alegando que otras Líneas Regulares efectivamente lo usan.

Lo verdaderamente importante, y al mismo tiempo preocupante, es que el giro electrónico de transporte, negociable o no, debe contener todos los “particulares o datos del contrato”. Al igual que el documento papel. Y esos son:

1-la descripción de las mercancías que sea necesaria para el transporte.

2-las marcas necesarias para la identificación de las mercancías.

3-el número de paquetes o piezas o la cantidad.

4-el peso, si lo aporta el Cargador.

5-una declaración del buen orden y condición aparente en el momento en que el Porteador (o una parte ejecutante) las recibe para su transporte.

6-el nombre y dirección del Porteador.

7-la fecha en la que el Porteador (o una parte ejecutante) recibieron la mercancía o, en su caso, la fecha de embarque a bordo del buque, o en todo caso la fecha en que el giro electrónico fue emitido.

8-en el caso de ser negociable, el número de originales emitidos del documento. No de giro electrónico.

9-el nombre y dirección del destinatario, si fue indicado por el Cargador.

10-el nombre del buque, si está especificado en el contrato de transporte (las Líneas Regulares no suelen asignar con seguridad un determinado buque).

11-el lugar de recepción de la mercancía y el de entrega, si es conocido por el Porteador.

12-los puertos de carga y de descarga, si están mencionados en el contrato de transporte.

Téngase en cuenta que 11 de tales datos son exigibles para el giro electrónico de transporte, pero que todos dependerán de que los facilite el Cargador, y que 3 de ellos no son necesarios para el Porteador, por lo que el contenido de datos ,es decir, la información que irá dentro del giro electrónico no tiene requisitos obligatorios mínimos conforme al Convenio, pero al igual que las Reglas de Hamburgo(art.15),la falta o inexactitud de alguno de los datos del contrato no afectará a la naturaleza jurídica o a la validez del documento o del giro electrónico (art.39.1).No obstante, para el caso de que falte la designación del Porteador en el documento o en el giro electrónico pero sí figure la del buque en el que fueron embarcadas las mercancías, el Convenio provee una solución salomónica decidiendo que se ha de presumir que el Porteador es el propietario registral de dicho buque, poniendo en éste la carga de la prueba de que el buque se encontraba arrendado a casco desnudo a una persona jurídica identificada aportando su dirección, en cuyo caso la presunción pasará a afectar a dicho arrendatario, quien sólo podrá superarla probando a su vez que otro es el Porteador aportando su nombre y dirección. En todo caso, el propietario registral del buque puede superar la anterior presunción de identidad porteadora si identifica al verdadero Porteador con su dirección (art.37). Es un método de búsqueda del Porteador mediante presunciones encadenadas, que presentará complicaciones e ingenuidades si el propietario registral es una sociedad interpuesta o “de papel”, lo que es frecuente; habría sido más práctico situar la presunción en la persona que contrató con el cargador (contracting Carrier). Sobre todo, porque seguidamente (art.38) exige que el giro electrónico contenga la firma electrónica del Porteador o de la persona que actúe en su nombre, cuya autorización del Porteador para usar ese método y no el documento papel debe aparecer en el mismo giro electrónico; por lo que esa será la mejor pista para buscar la identidad del Porteador.

**Derechos de la parte controladora y transferencia de los derechos (cap.10 y11)**

Por “parte controladora” hay que entender la persona legitimada para ejercer un derecho de control sobre las mercancías (definición13 del art.1), por lo que la definición no define y hemos de acudir al art.51 para saberlo.

Pero, como es una novedad del Convenio, deberemos antes que otra cosa averiguar en qué consiste el “derecho de control”, a saber:

-derecho a dar o modificar instrucciones sobre las mercancías, pero que no signifiquen una novación del contrato de transporte.

-derecho a recibir la entrega de las mercancías en un puerto de escala programada del buque o, si sucediera en fase terrestre, en cualquier lugar de la ruta.

-derecho a sustituir al destinatario por otra persona que puede ser hasta la misma parte controladora.

El derecho o derechos de control operan durante todo el período de responsabilidad del Porteador, es decir, desde la recepción de las mercancías para transporte hasta su entrega al destinatario(ar.50).

Estamos ante una capacidad o poder contractual para alterar ciertas obligaciones del Porteador respecto a las mercancías, siempre que no supongan una “variación del contrato” (expresión del art.50.1. b), que no es exacta ya que se producen “variaciones” pero no un cambio sustancial del contrato de transporte.

Se comprenderá, mejor, que tal derecho de control sólo puede residir en persona con título de posesión y disponibilidad sobre las mercancías, a saber:

-el Cargador, a menos que tras concluir el contrato éste designe al Destinatario, u a otra persona como “parte controladora”.

-el derecho de control es transferible a otra persona, lo que tendrá efecto cuando el Porteador sea notificado de la transmisión por el transferente. Si se usa giro electrónico negociable, entonces su tenedor será “parte controladora” y puede transferir el derecho de control a otra persona mediante los procedimientos previstos para transmisión electrónica entre Cargador y Porteador. Si se usa documento papel y es no-negociable, entonces el Cargador puede transmitir el derecho de control al Destinatario que figura en el documento mediante transferencia física, sin endoso, del documento en uno o más originales. Si es negociable, entonces el tenedor puede transferir el derecho de control junto con la transmisión del documento en una de sus formas legales.

Como el ejercicio del derecho de control da lugar a actuaciones importantes en relación con las mercancías antes de la terminación del viaje inicial de transporte contemplado en el documento o en el giro electrónico, habremos de destacar que para tal ejercicio la “parte controladora” deberá mostrar el documento (para el giro electrónico será según los procedimientos especiales pactables) e identificarse, lo que afecta a todos los originales emitidos ya que si alguno faltase entonces decae el ejercicio del derecho de control.(art.51).

Así, la fiabilidad de los cambios requiere una seguridad jurídica que en nada difiere, para los documentos, del orden cartular previsto para los títulos sobre las mercancías, sólo que se habilita una modificación de los precitados elementos del contrato de transporte con la finalidad de acoger las ventas en tránsito y la versatilidad de movimientos que permite el tráfico de Líneas Regulares. Por lo que hay que destacar la MODERNIZACION que el Convenio

aporta para la circulación y distribución mundial de mercancía contenerizada sujeta con frecuencia a una logística de almacenamiento y redistribución desde centros unitarios llamados “hubs”.

¿Cómo se perfecciona el mecanismo del “derecho de control” desde el lado del Porteador?.

Además de la comprobación de que la “parte controladora” es legítima, el ejercicio está supeditado a la capacidad técnico-operativa del Porteador. De tal modo que no se trata de un derecho incontestable, sino de una opción sujeta a conformidad, a saber, en relación al cumplimiento de las instrucciones de la “parte controladora” en el momento en que son recibidas por el Portador, es decir, en la fase del viaje del buque o del tránsito complementario (si lo hubiese); y en relación con las normales operaciones del Porteador. Si el Porteador no puede cumplir las instrucciones o éstas interfieren con sus operaciones, entonces puede negarse a ejecutarlas.

Hasta aquí, asistiríamos a una modificación convenida de la ejecución del transporte, pero veremos que el espectro convencional sube peldaños hasta dar lugar a la NOVACION CONTRACTUAL después de haber sido emitido el documento de transporte o, en su caso, el giro electrónico. En los arts.52.2 a 56.

En primer lugar, el Porteador puede cumplir las instrucciones remitidas por la “parte controladora”: en tal caso, el Porteador deberá recibir reembolso de todo gasto añadido razonable que se vea obligado a incurrir (p.ej. consumo de fuel) y tendrá derecho a ser indemnizado por toda pérdida o daños que pudiera sufrir, incluida la indemnización debida a otras mercancías (p.ej. retrasos en la entrega), con motivo de haber ejecutado diligentemente tales instrucciones.

Y ¿quién le reembolsará o indemnizará? ¿qué “parte controladora” ?, lo que no es nada fácil con los títulos negociables. Pues bien, el Convenio ha previsto que el Porteador obtenga fianza o garantía suficiente de la “parte controladora” antes de ejecutar las instrucciones, salvo rechazo de las mismas.(art.52.2 y 52.3).No es difícil imaginar que esta protección de los intereses del Porteador será debidamente informatizada ,con textos de cartas de garantía, por las Líneas Regulares; pero en todo caso no podrá materializarse con agilidad y rapidez en la mayoría de los casos suscitados por los títulos negociables, ya que no es lo mismo suscribir compromisos con un Cargador que con un “tenedor”.

Pero el Convenio, y ya dijimos que son tres Convenios en uno, nos remite en este capítulo mismo al contrato de mandato(no de comisión mercantil, porque el flete sigue siendo el mismo pactado),a fin de proveer un régimen de responsabilidad por incumplimiento de las instrucciones de la “parte controladora” con resultado de pérdida, daños o retraso en la entrega de las mercancías (art.52.4).Naturalmente, ese régimen de responsabilidad seguirá la misma pauta que el general previsto en el Convenio para el transporte, al que nos referiremos en lugar central adecuado, y será una responsabilidad sujeta a limitación .Sin embargo, no pudiendo ser de otra manera, las instrucciones de la “parte ejecutante” son meras modificaciones de algunas obligaciones del contrato de transporte, por lo que este permanecerá intacto; y siendo ello así no ha de verse la necesidad de este aptdo.4 del art.52.

Otra situación muy distinta es cuando la “parte controladora” y el Porteador acuerdan otras “variaciones” , las que sean ,distintas y más allá de las previstas en el Convenio (art.50), lo que es perfectamente posible, derogando lo establecido (de carácter dispositivo) y entrando en una novación contractual en toda regla .Así, otros cambios son posibles pero han de ser mencionados expresamente en el documento ,negociable o no-negociable pero que exige exhibición para entrega, o ,en su caso, incorporadas en el giro electrónico .Esto es mínimamente exigible para garantizar la fiabilidad en la circulación del título.

Pero en todo otro caso de títulos nominativos no negociables, sólo deberán insertarse a petición de la “parte controladora”, dada la ausencia de posibilidades de intervención de terceros y por tanto de innecesaria fuerza probatoria del documento. En todo caso, las partes contratantes pueden libremente derogar todo, es decir, las modificaciones previstas en el art.50 y la garantía y derechos compensatorios previstos en el art.52,o incluso restringir o excluir la transferibilidad del mismo derecho de control del art.51,según queda consagrado en el art.56.Pero,ciertamente,una regulación tan notoriamente dispositiva ,sin establecimiento siquiera de mínimos de nivel de responsabilidad

(ya que hasta el apartado 4 del art.52 es derogable) estaría siempre abierta “extra conventionis” y no habría necesidad de los art.50-55.

Respecto al método de “Transferencia de Derechos” (Capitulo 11), las Reglas de Rotterdam siguen el principio de que los derechos siguen al título, que en realidad es un “título de control”. Por medio de endoso nominativo o a la orden, o al portador sin endoso, bien en blanco o a la orden de una determinada persona. La misma previsión opera para los giros electrónicos, pero según los métodos fijados por vía de procedimiento especial a acordar por las partes. (art.57).

Será importante destacar que un “tenedor”, que no sea ya el Cargador, carece de responsabilidad alguna por ser poseedor si no ejercita ningún derecho del contrato de transporte. Lo que es evidente. Pero si el “tenedor” asume las responsabilidades del contrato, según sean configuradas en el mismo documento o sean deducibles del título negociable (art.58).entonces, la pregunta que hemos de hacernos es si el “tenedor” del título que da derecho a reclamar la entrega de las mercancías en el lugar de destino y a ejercitar un derecho de control, queda subrogado en la posición contractual del Cargador frente al Porteador, o bien queda subrogado solamente en las “responsabilidades” impuestas por el contrato. Hay que entender que lo segundo, porque el Convenio define al “tenedor” como un poseedor legitimo del documento de transporte, y no como un sucesor del Cargador en el contrato, además de que el Tenedor (que no es Cargador) no asume responsabilidades de pago de flete(art.42). Aunque, no es muy acertado presumir que un “tenedor” pueda asumir responsabilidades que no figuran descritas en el mismo cuerpo del documento negociado. Pero es una ocasión más de la exquisitez jurídica que se echa de menos en las Reglas de Rotterdam, y que estuvo presente en las Reglas de Hamburgo.

**Responsabilidad del Porteador por pérdida, daños o retraso (Capitulo 5)**

El régimen de responsabilidad del Porteador bajo las Reglas de Rotterdam es de carácter “mix”, es decir, que no propone fundamentos de nueva planta, sino que toma de otros regímenes precedentes para remodelar una solución que, en principio, deba contentar a todos y, en segundo término, sea apta para el siglo XXI. El resultado es controvertido.

Será necesario, primeramente, componer el cuadro obligacional para el Porteador. En el capítulo 4, arts.11-16.

La obligación básica es la de transporte y es una obligación de resultado ya que el Porteador debe llevar las mercancías a destino y allí entregarlas al Destinatario, pero tal obligación estará definida y configurada por el Convenio y por los términos del contrato (art.11).El periodo de responsabilidad responde al principio “ex recepto”, y transcurre desde que el Porteador recibe la mercancía para transporte hasta que la entrega, al igual que en las Reglas de Hamburgo pero con la diferencia de que los lugares de recepción y entrega pueden no estar situados en los puertos. Como se dijo antes, no obstante, el contrato prevalece y es posible que las partes puedan convenir lo que estimen en cuanto al momento y lugar para recepción y entrega de las mercancías, aunque con ciertos límites que el Convenio pone a la libertad contractual, a saber, que todo momento pactado para recibir la mercancía sea anterior al comienzo de la carga a bordo conforme a lo previsto en dicho contrato y que el de la entrega sea posterior a la descarga final del buque. Estos pactos (art.12) están previstos para aquellos embarques en condiciones FIO (free in and out) y Liner Terms, por lo que el Convenio moderniza al dejar estos aspectos parcialmente a la autonomía de la voluntad. El Convenio imita a las Reglas de la Haya-Visby estableciendo un catálogo de obligaciones “específicas” ,ya que el Porteador estará obligado a “ bien y cuidadosamente recibir las mercancías, cargarlas, manipularlas,estibarlas,trasnportarlas,conservarlas,custodiarlas,descargarlas y entregarlas”, a menos que el Porteador y el Cargador hayan convenido en el contrato que la carga, manipulación, estiba o descarga (condiciones FIOS y FIOST) serán por cuenta del Cargador o del Cargador Documentario, siempre que este pacto concreto quede reflejado en los datos del contrato (art.13).Bien entendido que el “catálogo”, modificable por el contrato mismo, se extiende a todo el período de responsabilidad del Porteador, y no sólo a la fase marítima, y que no constituye ningún código imperativo de obligaciones. Sin embargo, para la fase concreta del viaje maritimo, el Porteador tendrá de “ejercitar la debida diligencia” para que el buque esté en condiciones de navegabilidad; el buque esté bien y legalmente tripulado, equipado y pertrechado; y que las bodegas y otros compartimentos de carga y todos los contenedores aportados por el Porteador sean adecuados y se encuentren en estado seguro para la recepción, transporte y conservación de las mercancías. El avance sobre las Reglas de la Haya-Visby es que se trata de un cuadro de navegabilidad que ha de permanecer vigente no sólo al comienzo del viaje sino durante toda la duración del mismo, y en tal sentido es una obligación de continuidad perfectamente acorde con el principio de responsabilidad “ex recepto” o por custodia. Sin embargo, esa configuración de corte civilista se ve afectada porque no se trata de una “obligación de garantía de hacer” sino de un compromiso de medio, a saber, de usar de la “debida diligencia”, muy propia del Derecho anglosajón, con lo que se desvirtúa el sentido coercitivo del “catálogo” y se justifica, lo que después veremos, la exclusión de responsabilidad en los supuestos de innavegabilidad del buque.

Por último, en los arts.15 y 16 un Convenio, hecho para Navieros de Líneas Regulares, faculta al Porteador para negarse a recibir o cargar, y a tomar medidas de descarga, destrucción o desactivación, mercancías que son peligrosas o que pueden razonable parecerlo (a ojos y criterio del Porteador) para las personas, propiedades o el medio ambiente; y para sacrificarlas en un acto de avería gruesa por la seguridad común y también por constituir un peligro para vidas o propiedades. Estos poderes extraordinarios aparecen incardinados en un capítulo de deberes del Porteador y son evidentemente muy discutibles porque el criterio de qué mercancías son peligrosas queda a su albedrío y desde tal punto de vista lo único entendible y legítimo sería la reserva del derecho a admitir la mercancía que se estima peligrosa, sin perjuicio naturalmente de los supuestos de Avería Gruesa que estén justificados.

El régimen de responsabilidad está desarrollado en el Convenio por los arts.17-26 y por los arts.59-61 en lo relativo a Limitación de Responsabilidad.

Siguen las Reglas de Rotterdam a las de Hamburgo en hacer al Porteador responsable por pérdida, daños y por retraso en la entrega de la mercancía; en la supresión de la eximente de “falta náutica”, en la culpa compartida, en el régimen de culpa por los actos de sus dependientes y-esto es nuevo-contratistas independientes y en la aplicación de las defensas tipo “clausula Himalaya” para la responsabilidad extracontractual de los mismos. Pero ahí acaban las similitudes, ya que el gran sustento reside en las Reglas de la Haya-Visby.

El fundamento de tal responsabilidad no descansa en la culpa presunta (Reglas de Hamburgo) sino en el principio opuesto de no culpa o inocencia presunta del Porteador. El Porteador sólo será responsable, como en las Reglas de la Haya, cuando el reclamante pruebe varias cosas en su contra, comenzando por (1) la prueba de la producción del hecho causante dentro del periodo de responsabilidad definido en el Convenio, a saber, desde la recepción de las mercancías para transporte hasta la entrega de las mismas (art.12).Se trata de una carga probatoria nada fácil ya que pueden producirse modificaciones y variaciones en la ejecución del transporte incluido el Porteador, además de las dificultades que pueden suscitarse para identificarlo si no figura precisado en los datos del contrato.

A partir de esa prueba, entonces la carga probatoria opera de forma pendular:

(2) el Porteador puede liberarse en todo, o en parte, si prueba ausencia de culpa o negligencia suya o de sus dependientes; pero es una prueba poco onerosa por cuanto el Porteador sólo deberá probar que la causa o una de las causas (no todas)” no es atribuible” (prueba de indicios) a él o a sus dependientes..

(2 bis)-pero el Porteador tiene otra defensa alternativa a la de la falta de culpa, si ésta no tuviera éxito o no estuviese disponible, que es la prueba de uno o más eventos de una lista de 15 causales exonerativas que, estando agrupadas por categorías, en realidad suman 40 en el art.17.3, siguiendo el mismo ejemplo y esquema de las Reglas de La Haya-Visby. Son: Actos de Dios (a), peligros, sucesos y accidentes del mar o de otras aguas navegables (b), guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, disturbios y agitaciones civiles(c), restricciones por cuarentena, interferencias o impedimentos creados por Gobiernos, por autoridades públicas, por gobernantes, o por gentes incluyendo la detención, el embargo preventivo o la inmovilización del buque no atribuida al Porteador o a alguno de sus dependientes (d),huelgas, cierres patronales, ceses de trabajo, o disminución de manos laborales(e),incendio a bordo del buque(f), defecto latente no descubrible mediante la debida diligencia (g),acto u omisión del Cargador, del Cargador Documentario, de la Parte Controladora, o de otra persona por cuyos actos el Cargador o el Cargador Documentario deban responder(h),carga ,manipulación, estiba o descarga ejecutadas mediante acuerdo especial por el Cargador, el Cargador Documentario o el Destinatario ,a menos que dichas operaciones sean ejecutadas por el Porteador o por la Parte Ejecutante actuando por cuenta de los anteriores (i),pérdidas en granel o peso u otra pérdida o daño resultante de vicio propio, calidad o defecto de las mercancías (j),embalaje o señalamiento con marcas insuficiente o defectuoso no realizado por o en nombre del Porteador (k),salvamento o tentativa de salvar vidas en el mar (l),medidas razonables para salvar o intentar salvar propiedades en el mar (m),medidas razonables para evitar o intentar evitar daños al medio ambiente (n) ,actos del Porteador relativos a poderes especiales sobre la carga o para sacrificar la carga ,conforme a los arts.15 y 16.

(3)-el reclamante, entonces y por su parte, tendrá que probar la culpa del Porteador o de sus dependientes en relación causativa con las exoneraciones (ut supra), una o más, invocadas por el Porteador o sus dependientes en su defensa, o bien.

(3-bis)-el reclamante completa la prueba negativa de que un evento o circunstancia no incluido en la lista de causales contribuyó a causar la pérdida, daño o retraso y

(4)-que el Porteador no pueda probar que tal evento o circunstancia no sea atribuible a su culpa o la de sus dependientes (o sea, la no-culpa por el hecho dañoso).

(5)-de forma alternativa, y sin perjuicio de las causales exonerativas, el reclamante podrá probar que la pérdida, daño o retraso fue con toda probabilidad causada o contribuida por innavegabilidad del buque (i),inadecuada dotación, equipamiento y suministros del buque(ii),o el hecho de que las bodegas u otras partes del buque en el que viajan las mercancías, que los contenedores suministrados por el Porteador conteniendo las mercancías no estaban en condiciones ni eran seguros para recibir, transportar y conservar las mercancías,

(6)-frente a cuya prueba, el Porteador puede probar a su vez que ninguno de los eventos o circunstancias anteriores causaron la pérdida o el daño, o

(6 –bis)-que, no obstante, no probarlo, podrá acreditar que cumplió con la obligación de ejercitar debida diligencia, antes y durante el viaje, en relación con las mismas.

Cuando el Porteador queda exento parcialmente de responsabilidad, entonces sólo quedará responsable por la parte en que lo es.

 El Porteador, según queda configurada su responsabilidad por el régimen del Convenio, responderá por los actos u omisiones de otra parte ejecutante, del Capitán, de la tripulación, de sus dependientes y de los de toda parte ejecutante, y de sus contratistas y subcontratistas (art.18).

Ese es el régimen de responsabilidad contractual del Porteador conforme a las Reglas de Rotterdam. Fundamentado en la no presunción de culpa y en la carga probatoria del hecho y de la culpa a cargo del reclamante, con múltiples exoneraciones y la eximente de la debida diligencia en cuanto a la innavegabilidad del buque. Respecto a las Reglas de La Haya-Visby ha desaparecido la causal exonerativa de “falta náutica” y la obligación de navegabilidad para el comienzo del viaje solamente.

**Régimen de cálculo de la indemnización a cargo del Porteador**

Una vez determinada la responsabilidad del Porteador, por imputación directa, indirecta, contributiva o solidaria, habremos de establecer el montante de la deuda que habrá de hacerse efectiva. (art.22).

En cuanto a las mercancías, toda pérdida o daño ha de ser compensada en relación al valor de las mercancías en el lugar y en la fecha de su entrega en destino prevista. Ese valor estará fijado por el precio prevalerte en el mercado bursátil del producto que corresponda; en su defecto, según el precio de mercado; si no existen estas referencias, entonces se recurrirá al valor usual de un tipo igual de bienes (mismo tipo y calidad) en el lugar de entrega, aunque el Cargador y Porteador pueden siempre acordar un sistema determinado de cálculo de la indemnización (p.ej., según valor declarado).

Pero el Porteador, como en los demás regímenes convencionales, tendrá derecho a limitar su deuda hasta un monto, siempre inferior a lo adeudado cuando la cifra lo permite. Así, para pérdidas o daños el máximo importe a pagar será de 875 unidades de cuenta (DEG) por bulto u otra unidad de embalaje, o bien 3 unidades de cuenta por kg. de peso bruto de las mercancías, cualquiera de los dos topes que resulte más elevado. A tales efectos un contenedor, pallet o equipos de consolidar mercancías serán considerados bultos o unidades de embalaje. Para las reclamaciones por retraso se tendrá en cuenta la pérdida económica o lucro cesante causado, pero con un límite de 2.5 veces el importe del flete pagado por las mercancías objetos del retraso. El derecho de limitación sólo se podrá perder si la parte reclamante prueba acto u omisión personal con la intención de causar la perdida, el daño o el retraso (dolo) o una conducta temeraria con conocimiento de que probablemente el hecho tendría lugar (dolo eventual), arts.59-61. Es el mismo listón establecido, para la conducta del Porteador en los anteriores Convenios, y que hoy supone un derecho de limitación inatacable y justificador de muchas conductas subestándar en la navegación marítima.

**Responsabilidad del Cargador**

 Este Convenio de 2009 dedica mayor atención que ningún otro a las obligaciones del Cargador. En cierto sentido la nueva normativa configura un cuadro completo de responsabilidad del Cargador que corresponde a la posición contractual contenida en el artículo I.1. En los convenios anteriores el Cargador había ocupado un lugar de origen de las mercancías que iban a ser transportadas por mar. Aquí, en el nuevo Convenio, el cargador no solo es el proveedor de las mercancías, sino que es un contratante reciproco frente al Porteador. Por esa razón el Capítulo 7 habla de “obligaciones del cargador frente al Porteador” ese cuadro obligacional aparece desarrollado en los artículos 27 a 33, mientras que en un único artículo 34 se contempla la responsabilidad del cargador frente a otras personas frente al porteador.

Otras personas distintas al porteador.

Hay que advertir, ante todo, que el contrato mismo definirá siempre las obligaciones del cargador pero que en todo caso y ausencia de pacto el cargador está obligado a suministrar la mercancía en un estado de disponibilidad para un transporte, es decir, que la mercancía esté en condiciones de ser transportada. Sin embargo, el articulo 27.1 aclara que el cargador debe suministrar las mercancías en condiciones actas para que soportan el transporte contemplado y añade que esa aptitud debe valer para ser cargadas, ser manipuladas, ser estibadas, ser aseguradas mediante cabos y ser descargadas; además, se exige que las mercancías no causen daño a personas o propiedades. Este Conjunto de específicas obligaciones va más allá de la aptitud de la mercancía para el transporte, porque podemos advertir que desde el momento que las mercancías están a bordo ya intervendrá la labor del Porteador o de sus dependientes para los fines del transporte. Por lo tanto, no es posible estimar que la obligación de garantía del cargador pueda extenderse más allá del embarque de las mismas a bordo del buque; tampoco hay que olvidar que las operaciones que hemos descrito antes corresponderán normalmente al naviero porteador.

Asimismo, si el cargador ha pactado tomar a su cargo las operaciones referidas entonces estará obligado a llevarlas a cabo debidamente y cuidadosamente, por lo que se trata de una obligación de medio en virtud del pacto con el porteador.

En relación con posibles daños a personas o a propiedades llega hasta la aptitud de las mercancías hasta el trasporte, y un ejemplo de ello es que cuando el cargador suministra o bien toma su cargo el embalaje de la mercancía dentro de un contenedor entonces esa tarea debe ser realizada para que no cause daño a personas o propiedades (artículo 27).

Destacaremos que la principal obligación mutua es de aportar INFORMACION, y en tal sentido el cargador tiene que responder a todas las peticiones de información e instrucciones que le solicite el Porteador, y ahí ha de hacerlo en el momento preciso y siempre que sea necesario por el transporte, tanto en su aspecto físico y operativo como en el documental, aduanero y legal.

El fundamento de la responsabilidad del cargador reside en la falta de cumplimiento de sus obligaciones según el convenio, que no son obligaciones de garantía, y siempre que el Porteador pruebe que las pérdidas o el daño de la mercancía fueron debido a incumplimiento de estas obligaciones, es decir la prueba de la culpa. Sin embargo, el cargador no puede acudir a causas específicas de disculpa o descargo en cuanto a dichas obligaciones. Es más, si se trata de información relativa a los datos del contrato que han de aparecer en el documento del transporte y si se trata de obligaciones de información sobre mercancías peligrosas el cargador no podrá excusarse en la culpa de otras personas; por lo que la responsabilidad es personal. Pero si podrá hacerlo en relación con otro tipo de fallos.

De esta manera se configura un cuadro de obligaciones básicas:

-aptitud de la mercancía para el transporte

-información e instrucciones al porteador

-suministro de datos contractuales para la emisión de los documentos de transporte

-obligaciones de información y de identificación en relación con las mercancías peligrosas.

Ese es un cuadro de obligaciones personales del cargador, que también responderás por los actos de sus dependientes, agentes y sus contratistas (31-31-32-34).

Pero sobre la veracidad y exactitud de la información relativa a datos del contrato para emitir el documento de transporte el cargador asumirá una obligación de garantía; y al igual que con las mercancías peligrosas responderá frente al porteador de toda inexactitud y de sus consecuencias.

El Cargador no podrá acogerse a causales exonerativas ni a derecho de limitación de responsabilidad alguno, sino únicamente podrá probar su falta de culpa, pero no en relación con sus obligaciones personales, y podrá probar de contrario la culpa del Porteador o de sus dependientes cuando encargó a éstos las operaciones de carga (Arts.30.3 y 34).

Algunos destacados comentaristas, y el World Shippers Council, han criticado este régimen de responsabilidad, entendiendo que es desfavorable al Cargador en una Convención que pretende una justa redistribución de riesgos.

**Entrega de la mercancía en destino. Poderes especiales del Porteador**

El Porteador goza de una presunción de buena entrega, es decir, de cumplimiento fiel del contrato, a menos que reciba un aviso de pérdida o de daños en el momento de la entrega al destinatario antes o en el momento de la entrega o, si no fueren aparentes, dentro de 7 días laborables a contar del momento de la entrega (art.23) y de 21 días para los casos de retraso. Las RR permiten que la obligación de aviso no sea debida cuando se ha efectuado un examen contradictorio del estado de las mercancías, y no exige un plazo para tal inspección conjunta ni importará que la misma tenga lugar en el almacén del destinatario. El plazo para desactivar la presunción, por tanto, es más favorable en las RR para los intereses de la carga que en las Convenciones anteriores. Veremos que en el Capítulo 9 el Porteador se protegerá frente a eventualidades que pueden ocurrir en el lugar de destino.

Efectivamente y por primera vez en una Convención Internacional ,el destinatario está obligado a aceptar la entrega de las mercancías en el lugar y fecha fijados en el contrato de transporte, o en su defecto, en el lugar y fecha que atendiendo al contrato, la práctica, los usos portuarios y las circunstancias el destinatario tenía razonablemente que esperar la entrega(art.43).Hay que añadir que ,si el Porteador lo exige, el destinatario deberá acusar recibo de la entrega de las mercancías, y que si se niega el Porteador puede no realizar la entrega(art.44),lo que es absurdo porque los pasos son al revés. La regla toma referencia en la obligación implícita de esperar la arribada del buque al puerto de descarga que incumbe al Fletador en el Fletamento por Viaje. Aquí el receptor destinatario (consignee) que deviene obligado es aquél que reclama dicha entrega, por lo que a primera vista el precepto parecería ocioso, salvo el espíritu “contractual” de las RR. Pero es sólo a primera vista.

Desde luego, el Porteador controlará la debida entrega de la mercancía exigiendo identificación en el caso de documentos de transporte nominativos, exhibición del original del documento de transporte, prueba de tenencia legítima del documento de transporte negociable, etc. contra la negativa a llevar a cabo la entrega. Esta secuencia parte de la obligación contractual del Cargador de facilitar los datos necesarios para cumplir con la entrega y en todo caso problemático la también obligación contractual de dar instrucciones al Porteador sobre la entrega de las mercancías(arts.45-47).

Llegado el supuesto real de que las mercancías permanecen sin entregar en el puerto de destino (lo que no afecta demasiado a un buque empleado en Línea regular), la Convención adopta una regulación extraordinaria para un caso que en otros instrumentos internacionales conducía al Porteador a depositar las mercancías judicialmente o según el Derecho interno del lugar de destino, en dicho lugar previsto para la entrega. Las RR (art.48) estiman que la no-entrega se produce:

1)-si el destinatario no acepta la entrega (tras haberla reclamado, hay que entender);

2)-o bien si el responsable por la mercancía (parte controladora, tenedor del documento de transporte o cargador) no puede ser hallado ni facilita al Porteador instrucciones sobre la entrega; este supuesto condiciona el hecho de que el Porteador deberá buscarle previamente.

3)-o bien el Porteador está facultado para denegar la entrega por no haberse satisfecho uno de los requisitos de control para entrega legitima, antes mencionados;

4)-o bien el Porteador se ve impedido a entregar por razón de ley o regulación vigente en la localidad prevista para la entrega. Este supuesto es redundante, ya que es implícito siempre.

5)-o bien, las mercancías no pueden ser entregables por el Porteador por cualquier otro motivo distinto de los anteriores. Sin especificar motivos, esta regla es discutible, aunque en ella van implícitos los casos de Avería Gruesa..

Así, cinco casos de “no-entrega” de los cuales uno sólo, el 3º, tiene lógica y sentido.

Las RR (art.48) despliegan un marco de “no-entrega” de las mercancías, no excepto de artificialidad, con el fin de proporcionar al Porteador, o sus representantes y dependientes, unos PODERES ESPECIALES, sin prejuzgar otras actuaciones y derechos de resarcimiento contra el Cargador, que buscan evitar los depósitos judiciales y los gastos inherentes.

Así, el Porteador actuará “razonablemente” (de nuevo, el concepto anglosajón del “reasonableness” dará trabajo a los Tribunales de Justicia) pero a riesgo y coste de la persona legitimada para recibir la mercancía (lo que no encaja bien en los anteriores supuestos numerados 2,4 y 5).

Las medidas especiales consistirán en:

a) almacenar las mercancías en lugar apropiado (como agente sin mandato del legitimo destinatario);

b) desembalar las mercancías si viajan en contenedores o en vehículos, o actual de modo cualquiera incluso moviéndolas de lugar; lo que puede revestir complejidad si los contenedores fueron suministrados y estibados por el Cargador)

c) poner las mercancías a la venta o destruirlas, pero de acuerdo con la práctica o según la ley o regulaciones en vigor en el lugar donde se encuentren las mercancías; esta inaceptable facultad quedará anulada si el derecho interno del país de entrega de las mercancías no lo autoriza. Y si así se llevare a efecto las leyes internas controlarán dicha venta o sacrificio y sus pasos procesales.

Pero tales exorbitantes facultades están condicionadas (art.48, para 2 y 3) a que el Porteador haya advertido formal y previamente a la persona legitimada para recibir la entrega, según el documento de transporte, de que tomará esas medidas, y además al cargador, la parte controladora y al destinatario si es distinto del tenedor del documento de transporte. Esta hipótesis de “reasonable notice” es superflua porque no resultará aplicable en los supuestos de no-entrega numerados 2,4 y 5; y en el supuesto no.1 dará lugar a litigio local si el destinatario tiene fundamento legal para no aceptar la entrega.

El ejercicio de tales poderes en los casos de no-entrega será sin coste para el Porteador, que recuperará mediante la retención y descuento del importe de toda venta privada (si es legal en el foro) y será sin responsabilidad alguna para el Porteador a menos que el reclamante afectado por daño o perdida alguna del cargamento pruebe la falta de la debida diligencia del Porteador para proteger las mercancías y evitar los daños. Este contorno pone en presunción que el Porteador actuará bien y diligentemente en el ejercicio de unos poderes que llegan hasta la desaparición de la mercancía. Por lo que, dentro de su evidente complejidad, el Porteador pretende conseguir una vía rápida (después de advertir incluso a quién no ha podido encontrar) para liberar a sus contenedores, evitar gastos de depósito y complicaciones judiciales en tanto las mercancías no pierdan valor por el paso del tiempo. Y probablemente escapar de los efectos de la Regla D de las de York y Amberes en los supuestos de Avería Gruesa generados por el “cajón de sastre” del numeral 5 (ut supra), si se aplica la Convención.

Por demás, las RR autorizan (art.49) la retención física de las mercancías por el Porteador contra pago de las cantidades que se le adeuden, las que incluirán fletes, gastos de carga (según pactados) y también los gastos causados al Porteador mediante el ejercicio de alguno de los Poderes Especiales anteriores, con lo que se introduce una fase retentiva previa, pero no obligatoria, a la venta o destrucción de las mercancías. La norma pone cuidado en someter el derecho de retención, por igual, “al contrato de transporte o a la ley aplicable” (que puede ser la misma Convención). En la práctica, estará muy impedido por el derecho interno del lugar, como fue tradicionalmente prohibida la retención a bordo o en tierra por la propia mano del Porteador.

Esta normativa sobre ENTREGA que trae las RR ex novo es desafortunada y resultará mucho más problemática y desequilibrada que el clásico recurso al depósito judicial de las mercancías.

**Limitación de la deuda del Porteador**

Bajo las RR la cifra de limitación se eleva a 875DEG por bulto o unidad de embalaje o a 3DEG por kg. De peso, cualquiera de las dos que resulte más alta. Pero lo nuevo es que el Porteador podrá limitar la deuda resultante no sólo de su responsabilidad por pérdida o daños a la mercancía, sino por todo incumplimiento de una obligación prevista en la Convención, p.ej., si realiza una deficiente estiba de una maquinaria en bodega que produce un corrimiento de la estiba en la misma bodega. Para las reclamaciones por retraso, la cifra de limitación es de 2.5 veces el importe del flete por las mercancías demoradas.

La pérdida del derecho de limitación sólo se produce mediante prueba de dolo personal o de dolo eventual (art.61), siguiendo la “fórmula de hierro” pactada a favor del Porteador en la Convención CLC69, seguida en la de Hamburgo1978 y mantenida en todas las demás Convenciones de forma inamovible e innegociable para los intereses navieros.

**Acciones, Jurisdicción y Arbitraje**

El plazo para ejercicio de las acciones derivadas de la Convención se amplía a 2 años, pero afecta a toda y cualquier reclamación y no sólo a las de pérdidas, daños y retraso de las mercancías. Este plazo es de caducidad, no interrumpible ni suspensible, aunque podrá ser renunciado o ampliado mediante una declaración escrita del reclamado, no bastando la renuncia tácita ni la declaración del tercero Asegurador(art.63). Se observa el efecto del “compromiso”, consistente en plazo mayor pero no prescripción extintiva.

Causará problemas la regla (art.62.3) de que, aún caducada la acción, la reclamación puede conservar validez para efectos de compensación de deudas reciprocas. También serán objeto de interpretación las excepciones previstas ,a pesar de los 2 años, para las acciones de repetición o de regreso, que serán viables bien si así lo permite la ley del Tribunal competente o bien dentro de los 90 días a contar de la fecha en que el reclamante repetidor pagó la primera deuda o desde que fue demandado en juicio, cualquiera de las dos que suceda antes (art.64);una equiparación desafortunada que en la práctica supone prescindir del dato fiable en Derecho Civil de la fecha “en que las acciones pudieron ser ejercitadas”.

Los capítulos 14 JURISDICCION y 15 ARBITRAJE son optativos, por separado, para los Estados en virtud de lo previsto en los arts.74 y 78. Ello significa que se trata de una situación “opting in”, que consolida la naturaleza “a la carta” de la Convención. Un Estado podrá ratificarla sin los Capítulos de Jurisdicción y Arbitraje, con uno de ellos o con los dos, y podrá hacerlo en todo momento posterior al de ratificación de la Convención.

No obstante, no deben tratarse con el mismo patrón porque no son iguales. Así, en cuanto a JURISDICCION la Convención otorga absoluta prioridad al pacto sumisorio, pero a un tipo de pacto definido por la propia Convención (arts.66-67). Así, dicho pacto contractual sobre elección de “tribunales” (la Convención no distingue entre los conceptos de “jurisdicción” y “competencia”) ha de ser “exclusivo”, concepto poco claro salvo que sea oponible a todo pacto que permita opciones. La “exclusividad” sólo figura definida en la norma del art.67 para los acuerdos concluidos entre el Cargador y el Porteador para reclamaciones contra el Porteador siempre que el acuerdo o clausula haya sido suscrito ,intuito personae, por dichas partes y se encuentre contenido en un “contrato de volumen” (se verá a continuación en próximo capitulo) que, entre otros requisitos exige haber sido “negociado individualmente” (lo que será muy arduo de comprobar en cada caso) y designar con claridad los tribunales de un Estado contratante o uno o más tribunales específicos de ese Estado (con lo que, al confundir la competencia jurisdiccional interna, convierte al pacto en “no exclusivo”).

El pacto sumisorio exclusivo, para que sea válido, ha de cumplir con el art.67 respecto a “contratos de volumen”.

El pacto sumisorio será, por tanto, libre si es suscrito por los citados contratantes (relatividad contractual), es exclusivo y está contenido en un “contrato de volumen”. Pero la citada relatividad decae porque la Convención permite(art.67.2) que todo aquél que no sea parte de un “contrato de volumen”

quede obligado (hay que entender, voluntariamente) por el anterior pacto sumisorio exclusivo si se cumplen las siguientes condiciones (todas y ninguna otra):

-que el tribunal se encuentre en el lugar de residencia del Porteador, o en el lugar de recepción de la mercancía acordado en el contrato de transporte, o en el lugar de entrega acordado en el contrato de transporte, o en el puerto en el que las mercancías fueron cargadas o en el puerto de descarga final (no intermedia) de las mercancías.

-que el pacto sumisorio esté contenido en el documento de transporte o en el giro electrónico de transporte.

-que la persona reciba “adecuado aviso” (imprecisa noción anglosajona) del tribunal donde será interpuesta la acción judicial y de que la competencia de dicho tribunal sea exclusiva (no es muy factible que tal “aviso” lo reciba una persona no parte de un “contrato de volumen” pero si está contenido en el documento de transporte no debe hacer falta dicho aviso a menos que sea éste no negociable).

-que la ley del tribunal reconozca a esa persona el derecho a hacer uso del pacto sumisorio exclusivo .Este requisito, al ser indispensable, otorga al tribunal y la ley interna la respuesta, por lo que los terceros podrán beneficiarse de los pactos sumisorios suscritos por Cargador y Porteador ,en un “contrato de volumen” o en el documento de transporte si el tribunal lo autoriza; con lo que sobran todos los demás requisitos, porque la Convención no exige que ese tribunal sea competente bajo su propia ley interna, ni que sea del mismo modo exclusiva, ni que incluso ,para una persona no parte del “contrato de volumen”(supuesto 2 del art.67) se encuentre en un Estado contratante.

En defecto de pacto sumisorio exclusivo, y para acciones contra el Porteador, el demandante tendrá un derecho de elección para actuar:

a) ante un tribunal competente dentro de la jurisdicción (aquí sí distingue) del lugar de residencia del Porteador; del lugar de recepción de la mercancía según el contrato; del lugar de entrega según el contrato; del primer puerto de carga o del puerto final de descarga, o bien

b) ante un tribunal (o tribunales, un plural que no cobra sentido) competente designado en un acuerdo entre el Cargador y el Porteador. Lo que obliga a entender que si el demandante puede optar por la jurisdicción y competencia fijadas para un tribunal o tribunales en una cláusula sumisoria ha de tratarse de una cláusula de sumisión” no exclusiva”, ya que estamos ante un supuesto supletorio.

La complejidad es evidente y la abundancia de conceptos poco usados en las anteriores Convenciones y su extrañeza para los países de cultura de Derecho Civil, puede hacernos añorar el sistema de elección del demandante mucho más claro contenido en las Reglas de Hamburgo.

Pero ahora veremos que el Capítulo, que abarca acciones nacidas en tracto multimodal y en fase marítima, distingue para aquellas acciones que se dirijan contra las PARTES EJECUTANTES MARÍTIMAS, es decir, para las acciones ejercitables en vía extracontractual. En el art.68, la Convención otorga al demandante el derecho de accionar:

-en el lugar del domicilio de la Parte Ejecutante Marítima, o bien

-en el puerto en el que las mercancías son recibidas por la parte ejecutante marítima; en el puerto en que son entregadas por la Parte Ejecutante Marítima o en el puerto en el que la Parte Ejecutante Marítima lleva a cabo sus actividades en relación con la mercancía.

La Convención contempla, aquí, las acciones extracontractuales dirigidas contra uno o más de los que hacen las veces de Porteador (a los efectos de la Convención) incluido el Porteador efectivo y el porteador terrestre sólo dentro del recinto portuario, pero impide al demandante acudir a su propio foro, p.ej., el del puerto de descarga (transporte fase marítima) o el de entrega final de las mercancías. La Convención prohíbe recurrir a ninguna otra jurisdicción (art.69) por lo que no sabemos qué sucederá con las acciones extracontractuales ejercitables contra las “partes ejecutantes” que hacen las veces de Porteador antes o después de la fase marítima del transporte (puerto carga-descarga),y por cuyos actos es responsable el Porteador conforme al art.18.Caso problemático pero excluible será el del “Transitario”, que contrata con un Cargador lleva a cabo operaciones previas o posteriores a la fase marítima y contrata el transporte maritimo, o incluso el multimodal sin realizar tales operaciones por sus medios o subcontratas, con un Porteador en nombre del Cargador, que quedará fuera en virtud de lo previsto en el art.18(d).

Las Reglas de Rotterdam no imponen cuestión jurisdiccional para el ejercicio de MEDIDAS CAUTELARES, entre las que sitúa el embargo preventivo del buque (Art.70), y ello es lógico porque las medidas cautelares o de aseguramiento sólo pueden tener eficacia en el lugar donde se encuentra el buque. Sin embargo, cabe la duda de si tal regla debería afectar a la competencia para conocer sobre el fondo del Tribunal que practica la medida cautelar, ya que la Convención va un poco lejos y le atribuye foro al Tribunal que cumple con todos los requisitos del Capítulo 14,es decir, al Tribunal que no sólo se encuentra en el territorio de un Estado contratante sino que también ha adoptado el Capítulo 14, y para el caso de que tal Estado haya suscrito ,asimismo, la Convención de Ginebra sobre Embargo Preventivo de Buques de 1999 o la de Bruselas de 1952 habrá un derecho de opción, que es claro entre la atribución de competencia por la vía del Capítulo 14 RR o por la vía del art.7 de la Convención de Bruselas 1952,y no determinado en la de Ginebra de 1999.Si ese país no es Estado Contratante de las RR y el Capítulo 14,entonces se aplicará el régimen de las Convenciones o el derecho interno. Ahí reside el “nihil obstat” del art.70.

Un área de cierta dificultad es el de la acumulación y renuncia procesal de acciones, ya que los condicionantes ad processum son materia bastante impropia para armonización internacional. Las RR, en su art.71, contemplan un supuesto, fuera de las cláusulas de elección exclusiva de foro, para las acciones que se ejercitan con el fin de ganar foro y obstaculizar otras. Así, si el porteador o una parte ejecutante marítima ejercitasen una acción meramente declarativa (también llamada “acción de jactancia”) destinada a impedir que el reclamante pierda su derecho de elección de foro bajo las RR (arts.66 y 68) entonces, a petición del reclamante, se verá obligado a renunciar o desistir de dicha acción cuando el reclamante haya elegido su foro ,en cuyo caso el litigio volverá a comenzar ante el tribunal de dicho foro elegido(aptdo.2).Se trata de una disposición bien intencionada, pero de difícil encaje procesal. En primer lugar, porque la acción declarativa instada puede no ser una de “no-responsabilidad” sino otra preventiva de “no-aplicación de la Convención” en virtud de que el lugar del daño puede haber ocurrido, a juicio del porteador, en una fase del transporte sobre la que sería de aplicación obligatoria otra Convención unimodal, cuyo propósito estaría justificado, aunque formalmente pudiera entenderse que su propósito es igualmente táctico. En segundo lugar, porque la prohibida acción declarativa podría entablarse en un país no parte contratante de las RR. En tercer lugar, porque la obligación de renuncia no opera hasta que el reclamante haya trabado su acción ante un determinado foro que, si está en otro país, presupondrá una orden judicial ejecutable en el país donde entabló su acción declarativa el porteador, lo que lleva tiempo y no impedirá dos pleitos paralelos. En cuarto lugar, sería más práctico prohibir las acciones declarativas del porteador o de una parte ejecutante marítima ya que no dan lugar a reconvenciones sino a mera defensa y no podrían impedir en ningún caso la elección de foro por un reclamante si ese país donde acciona el porteador es contratante de las RR y por tanto habría de aplicar la prohibición. Si no lo es, entonces el precepto sobra.

Otra regla (art.72.2) plantea similares problemas procesales, a saber, en relación con el conocido principio de aceptación tácita de la competencia. Si el demandado se persona ante un Tribunal competente, según las RR, sin plantear declinatoria de jurisdicción entonces se entenderá que acepta la intervención de dicho Tribunal. Pero sucede que el demandado puede personarse, pero previamente si el Tribunal no se encuentra en un país contratante de las RR, entonces de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal puede declinar su competencia.

Por último, cuando dos Estados contratantes hayan incorporado el Capítulo 14, entonces toda resolución dictada en uno de ellos será reconocida y ejecutada en el otro (art.73), pero siempre respetando las normas de exequatur en vigor en el segundo Estado, con lo que se avanza poco y el precepto está de más. De otro modo, podría haberse previsto como única excepción la del “orden público interno” de dicho Estado, o también la infracción de las reglas de orden público procesal (“due process”), como hace la Convención de Ginebra de 1999 sobre Embargo Preventivo de Buques.

En cuanto a ARBITRAJE, el capítulo 15 sigue el mismo carácter de optativo. Ha previsto varios lugares para sede arbitral a elección del reclamante, cuya opcionalidad de foro arbitral ha de estar garantizada en todo convenio arbitral, lo que por ser extraordinariamente inhabitual impedirá que países con larga tradición de arbitraje maritimo no adopten el capítulo 15.Podría entenderse, no obstante, que tal pacto arbitral sólo sería eficaz para disputas y reclamaciones contempladas en la Convención pero no para otras y que el Tribunal arbitral estaría, siempre y en tal caso, obligado a aplicar las reglas de la Convención, excluyéndose los arbitrajes de equidad; pero a diferencia de las Reglas de Hamburgo (art.22.4), tal disposición específica no figura en las RR, por lo que permanece una cuestión que por vía implícita no puede determinar la ley aplicable por el árbitro.

**Contratos de volumen**

Esta es materia nueva en una Convención de transporte de mercancías por mar.

Hay que entender por “contrato de volumen” todo contrato de transporte que contemple el desplazamiento de un volumen especifico de mercancías por medio de una serie de embarques durante un periodo de tiempo fijado por las partes. No hace falta que sea determinado tal volumen, sino que basta con indicativos de máximo., mínimo, o de cierta banda. (Art.1.2). Esa vieja noción del “tonnage agreement”, equivalente a todas luces al fletamento por viajes consecutivos con buque no designado de antemano ha recuperado hoy su vigencia por la moderna práctica del mercado USA en el que más del 80% de las mercancías se transportan mediante “contratos de volumen”. Esta fue la objeción, convertida luego en condición, de los Estados Unidos para detener su nueva COGSA (Carriage of Goods by Sea Act) interna y suscribir una nueva Convención internacional, suscripción que aún no fue efectuada.

Por un solo artículo, numeral 80, la Convención complace a los EE.UU. estableciendo “reglas especiales” para Contratos de Volumen, que son tan especiales que se habilita libertad de pactos fuera de la Convención, es decir, se reconoce en la Convención una “derogación” convencional de los términos y condiciones de la misma. Gracias a presión de algunas delegaciones asistentes a las sesiones de la UNCITRAL, lideradas por Francia, se pusieron unos leves límites a tal regla de liberalidad sometiendo su aplicación a que:

-el contrato de volumen contenga un aviso destacado de que deroga la Convención.

-el contrato de volumen haya sido negociado individualmente, o en caso contrario si fuere unilateral destaque en lugar claro las partes del contrato que contienen las derogaciones.

-que el cargador tenga la oportunidad, y aviso de ella, para concluir un contrato de transporte bajo condiciones que no conlleven derogación alguna.

-que la derogación no venga incorporada al contrato por vía de remisión de otro documento ni que forme parte de un “contrato de adhesión” no sujeto a negociación.

Pero tales requisitos son liberales y de poco efecto, ya que el cargador puede tener tal oportunidad, pero lo que importa es que la oportunidad de lugar a un resultado protector, además del hecho de que son los grandes cargadores (como Walmart) los más interesados en hacer estos acuerdos con las grandes navieras. Y lo que se entienda por “contrato de adhesión” en Derecho maritimo varía de país a país, y lo que importa no es la adhesión sino la capacidad de negociar efectivamente el contrato, cosa no verificable casi nunca.

Con todo, era de esperar que el art.80 tuviese eficacia solamente inter partes, pero se hace extensivo a terceros que hayan recibido el debido aviso derogatorio y que “expresamente” consientan .Pero aunque el aptdo.6 impone la carga de la prueba en la parte que pretende beneficiarse de la derogación, la regla del art.80 no indica que ha de entenderse por “consentimiento expreso” y constituirá una prueba de presunciones, que no añade certidumbre a una norma que, al fin y al cabo, lo que busca es que ciertos transportes masivos sean regulados por las RR pero con excepción de los derechos, obligaciones y responsabilidades, y que en su conjunto satisfaga a la práctica USA. Fue necesario añadir unas “reglas especiales” porque de otro modo estaríamos ante fletamentos de viajes consecutivos o mixtos tiempo-viaje, que están excluidos de las RR por el art.6.

Unas “reglas especiales” desafortunadas que son, más bien, una excepción de la regla que no la confirma, sino que le sustrae aspectos fundamentales.

**Seguridad jurídica del marco obligacional de las Reglas de Rotterdam.**

Tomaremos en conjunto tres pilares de la mayor importancia en toda Convención Internacional multimodal:

-Transportes anteriores o posteriores a la fase marítima(art.26)

-Validez y eficacia de los pactos contractuales, o límites de la autonomía de la voluntad(art.79)

-Relación con otras Convenciones Internacionales de transporte (arts.82 y 89)

Las RR son una Convención para el transporte maritimo y para el transporte multimodal con fase marítima.

Así, ha sido necesario determinar que cuando el daño o perdida de las mercancías ,o las circunstancias que causaron el retraso en la entrega, tuvieron lugar antes del embarque de las mercancías en el buque o después de su descarga las reglas de la Convención habrán de ceder frente a otras de otra Convención Internacional que ,por su propia normativa, se habrían aplicado si el Porteador hubiese un contrato separado y directo con el Cargador para esa especifica fase del transporte en la que ocurrieron el daño, la pérdida o las causas del retraso; y siempre que tal normativa específicamente regule la responsabilidad del Porteador, la limitación de la responsabilidad y el plazo para acciones , y sea de carácter imperativo o ,si fuese dispositivo, no se produjese detrimento para el cargador. Si no se cumplen tales condiciones, entonces las RR se aplicarán a cualquier fase del periodo de responsabilidad del Porteador; esta fórmula se conoce por **“minimal network liability”**, un concepto ficticio de valor gramatical.

Por tanto, en las fases preembarque y post-desembarque no se aplicarán las RR en supuestos de presencia regulatoria de otra Convención Internacional en vigor (p.ej., la Convención CMR). Efectivamente, las Convenciones sobre transporte aéreo, terrestre, ferroviario y fluvial-aguas interiores, que extiendan su campo regulatorio a la fase marítima se podrán aplicar con preferencia a las RR (art.82)

Para cuando se aplique ,sin lugar a dudas, la Convención, ya sea para un transporte maritimo o para un transporte multimodal, entonces todos los pactos y cláusulas que aumenten la responsabilidad o la deuda del Porteador pueden ser válidos y eficaces, pero serán nulos si excluyen o limitan ,directa o indirectamente, las obligaciones y responsabilidad del Porteador o de la parte marítima ejecutante conforme a la Convención(regla de oro del art.79.1.).Al mismo tiempo ,las RR son imperativas respecto a las normas que regulan las obligaciones y responsabilidad del Cargador y sus sucesores en el control de la mercancía, Pero esos principios que están en la raíz de otras Convenciones (Haya-Visby, Hamburgo) ,en ésta sufren excepciones importantes relativas a pactos con el Cargador (art.12.3) y a los Contratos de Volumen (art.80).

Todo país que ratifique las RR o las adopte estará obligado a denunciar, es decir, a dejar de ser parte, las Reglas de la Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, si fuera parte de alguna de ellas.

Por tanto, de lo anterior resulta que un Estado contratante de la Convención de UNCITRAL no podrá mantener la vigencia de otra Convención de transporte maritimo para la regulación de dicho tipo de transporte.

Para fases no marítimas en transportes multimodales habrá de ceder ante otras Convenciones unimodales imperativas siempre que se den ciertas normales condiciones, pero aplicará las RR cuando no sea localizable el lugar del daño, de la pérdida o de las circunstancias que dieron lugar al retraso.

Pero en cualquier caso que las RR se hayan de aplicar serán validos pactos y condiciones contractuales convenidos para periodos anteriores a la carga a bordo del buque y a la descarga, y para Contratos de Volumen, que no tengan la frontera de la seguridad jurídica que el cargador y el destinatario han recibido desde 1924; por lo que las RR autorizarán cláusulas en detrimento del Cargador para segmentos no marítimos y para cualquiera en régimen de volumen.

***2.Las críticas: oposición y dudas***

Las cuestiones suscitadas sobre el primer borrador del CMI, aprobado en Singapur, fueron numerosas. Con carácter colectivo debe destacarse al World Shippers´ Council (Consejo General de Usuarios), que nunca aceptó el capítulo de “responsabilidad del cargador” (sin derecho a limitación); la IUMI, sindicato de aseguradores marítimos, planteó -entre otras – la cuestión de la falta de predictibilidad y estimación del riesgo en cuanto a la “localización “del daño en fase marítima, terrestre u otra, lo que determinaría la aplicación de las Reglas de Rotterdam o de otro Convenio Multimodal; la CLECAT-FIATA , en cuanto a la desfiguración del papel del Transitario y de los perjuicios derivados para ese colectivo; y la llamada “DECLARACION DE MONTEVIDEO”, de 22 Octubre 2010, que agrupó a especialistas de Derecho Marítimo latinoamericanos y recomendaba a los Gobiernos la no adopción de las Reglas de Rotterdam.

En el espectro doctrinal los defensores de las Reglas, en el debate público, agrupados en el equipo de “los ocho” (Francesco Berlingieri, Philippe Delebecque, Tomotaka Fujita, Rafael Illescas, Michael Sturley, Gertjan Van Der Ziel, Alexander Von Ziegler y Stefano Zunarelli) argumentaron en favor de la adopción del Convenio en diversos frentes y a través artículos publicados en revistas marítimas. Los más activos fueron, con todo, T. Fujita y Michael Sturley.

Se opusieron otras voces del Derecho Marítimo, académico y profesional, formados en torno al llamado “grupo de los nueve” (Prof. Svante O. Johansson, Prof. William Tetley, Prof. Jan Ramberg, Barry Oland, Kay Pysden, Douglas G. Schmitt, Julio Vidal, Frazer Hunt y el que suscribe), quienes señalaron defectos en la concepción y preparación de las Reglas relativos a:

* la configuración de una normativa multimodal a partir de una atención centralizada, con sus intereses, en el transporte internacional de mercancías por mar;
* el régimen de responsabilidad;
* el ámbito limitado de las Reglas, ¿universal y uniforme?.
* El fundamento de la responsabilidad del Porteador.
* Obligaciones y responsabilidades desequilibradas entre Cargadores y Porteadores.
* El derecho del Cargador a la limitación de responsabilidad.
* El concepto de “marítimo plus”.
* La noción de “porteador ejecutante marítimo”
* Limitación de responsabilidad del Porteador.
* El defecto mayor residente en la excepcionalidad otorgada a los “contratos de volumen”.
* Jurisdicción y Arbitraje (“opts-in”).
* La figura del “Cargador documentario”.
* Entrega de la mercancía sin presentación del Conocimiento de Embarque negociable.
* Las consecuencias de los “opting-outs” (incluyendo no “opting.in”).
* La complejidad normativa.
* Deficiencias en la redacción del texto.

La citada oposición fue presentada con fecha 5 Agosto 2009 y desarrollada por medio de los siguientes “position papers” (manifiestos de opinión):

- “A response to the attempt to clarify certain concerns over the Rotterdam Rules”, de 5 Agosto 2009.

- “Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules”, Abril 2010.

- “A blueprint for a worldwide multimodal regime ¿?”, Junio 2011.

- “Profesor William Tetley Q.C. in memoriam: a tribute by the Group opposed to the Rotterdam Rules”, Noviembre 2014.

Los textos completos estarán disponibles mediante solicitud dirigida a jmalcantara.arbitro@gomail.com

Merecerá especial atención, entre otras voces opositoras, las aportaciones del Prof. Ignacio Arroyo (Universidad Autónoma de Barcelona) y de la Prof. Regina Asarotis (UNCTAD), en sus ensayos respectivos “Las Reglas de Rotterdam , ¿para qué?” y “The Rotterdam Rules: a brief overview of some key issue and aspects of potential concern” ARROYO , estima, acertadamente, que la nota más evidente que colorea todo el Convenio es la **complejidad**, que deriva – a su juicio – de una pésima redacción, del elevado índice de soluciones adoptadas por puro compromiso político, del deseo por concretar aspectos irrelevantes y menos en un texto con vocación de unificación internacional. Concluye que “las Reglas de Rotterdam poco contribuyen a la deseada uniformidad en la regulación del transporte marítimo”. Asarotis, considera que el análisis del Convenio revela que su aplicación puede ser muy problemática, por razones que incluyen las siguientes.

-la complejidad especial de sus disposiciones;

-el tratamiento desacertado del transporte multimodal y del, así llamado, “contratos de volumen”;

-la fórmula de compromiso (distribución de riesgos comerciales) entre los intereses de Cargadores y Porteadores que el Convenio instala.

Confirmando la opinión de ARROYO de que el Convenio tiene dudoso poder uniformador.

El Prof. William Tetley, máxima autoridad doctrinal en la materia señalaba, ya el 20 Diciembre 2008, que el Convenio aprobado en New York adolecía de “ámbito limitado”, “gran complejidad”, “frecuentes ambigüedades”, “deficiencias de redacción” y “disposiciones irrazonables”, por lo que recomendó que “las Reglas de Rotterdam reciban oposición, que no sean suscritas ni adoptadas, sino devueltas al Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL a fin de ser revisadas. Una nueva Convención Multimodal debe ser adoptada siguiendo el modelo del Convenio de las NN.UU. sobre Transporte Multimodal de mercancías (1980)”.

El debate internacional entre defensores y objetores de las Reglas de Rotterdam se desarrolló, con renovadas energías, durante los años que siguieron. El CMI convocó un Coloquio en la ciudad de Buenos Aires en Noviembre 2010 para reafirmar los méritos del Convenio y avivar el proceso de ratificaciones, habida cuenta de que el Art.94 del Convenio exige 20 ratificaciones (o adhesiones) para su entrada en vigor internacional. La primera y acelerada ratificación fue la de España, una iniciativa diplomática que aún me causa cierta perplejidad. El curso de las adopciones languideció y se ha quedado en 5 ratificaciones (España, Congo, Benín, Camerún y Togo). Asimismo, el debate, otrora animado, se apagó en 2014, salvo nuevos empujes del CMI (con propuestas de Tomoyata. Fujita sobre las ventajas de las Reglas de Rotterdam para la seguridad de la navegación) y una campaña conjunta del CMI-BIMCO-ICS, en 2011, para lograr la ratificación de un paquete conjunto de Convenios, entre ellos, éste.

Con todo, a pesar de la discusión doctrinal, el transcurso de casi 16 años sin aceptación suficiente del Convenio ha revelado que esa falta de progreso no se ha debido, fundamentalmente, a las objeciones jurídicas formuladas sino a que la industria marítima, en su conjunto, rechaza las Reglas de Rotterdam porque no las asimila en razón a su fuerte complejidad y no comparte la perspectiva litigiosa que daría lugar la interpretación de una normativa tan complicada.

***3.Perspectivas de reforma.***

Durante los años transcurridos desde la entrada en vigor de las Reglas de Hamburgo, la firma en Rotterdam en Septiembre de 2009 del nuevo Convenio sobre Transporte de mercancías por mar o , parcialmente, por mar” y la continuidad del régimen de las Reglas de la Haya-Visby, la industria marítima mundial parece haberse resignado a seguir una normativa de 1924-68 antes que aceptar fórmulas de “opt-in”, “opt-out” y de contenido especial sobre los contratos de volumen, es decir, reconociendo el poco valor uniformador que conllevan las Reglas de Rotterdam”.

Ni el CMI ni la propia UNCITRAL se han mostrado favorables a adoptar una solución reformadora de dichas Reglas, con el fin de evitar su fracaso definitivo, sino que han confiado en una política de “lobby”, de contactos y negociaciones discretas y no reveladas, con ciertos Gobiernos, cuyas ratificaciones -de producirse- darían lugar a un seguimiento en cadena hasta lograr las 20 necesarias. Esos países son, ante todo, los Estados Unidos, para cuyos intereses las Reglas fueron especialmente redactadas (contratos de volumen), el Reino Unido, Francia, Alemania, Grecia, Países Bajos y Dinamarca. En los dos últimos se anunciaron intenciones gubernamentales de ratificación, que aún no fueron llevadas a efecto.

La única propuesta de **reforma** fue formulada por los juristas croatas Dr. Petar Kragić (ex Presidente de la ADM de Croacia) y la Dra. Diana Jerolimov, mediante un ensayo titulado “A modern LEX MERCATORIA for carriage of goods by sea”, divulgado en forma de “booklet”. Su contenido puede observarse en: https:/hdpp.hr/a-modern-lex-mercatoria-for-carriage-of-goods-by-sea/.

Los autores de la propuesta no son nada sospechosos, proceden del sector naviero, de Tankerska Plovda y del U.K.P&I Club, por lo que su aportación reformista no puede tildarse de antemano de opuesta a las Reglas de Rotterdam. Según los autores, el problema fundamental de las RR no reside en el régimen de responsabilidad sino de las opciones otorgadas al reclamante de carga para elegir la jurisdicción de países en los que sus tribunales tengan dudosa competencia o se encuentren inclinados a favorecer en sentido contrario a los intereses del Porteador. Opinan, así, que es evidente que la gente que dirige y destaca en el comercio marítimo cuando tienen libertad de elección, como sucede a los contratantes de fletamentos, buscan acudir a foros internacionales reconocidos por su imparcialidad y por la aplicación que hacen de estándares y reglas internacionalmente aceptadas. Las jurisdicciones marítimas importantes admiten que las cláusulas de foro insertas en las pólizas de fletamento resulten vinculantes para el destinatario de la carga, si se cumplen ciertas condiciones. Las Reglas de Rotterdam deberían – afirman- reconocer la validez de las cláusulas de jurisdicción (de la póliza de fletamento) incorporadas a los Conocimientos de Embarque, de modo que las mismas resulten vinculantes para el tenedor del B/L. Sin embargo, el problema de la elección de foro por el reclamante ya estaba presente en las Reglas de Hamburgo, pero allí (art.24) se obligaba al tribunal o al árbitro a aplicar las reglas del Convenio de 1978 (Reglas de Hamburgo), lo que no hace de forma clara las Reglas de Rotterdam.

Los autores estiman que el reconocimiento de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje, de la póliza de fletamento, en los Conocimientos de Embarque crearían una suerte de ***lex mercatoria***, por cuya virtud las controversias marítimas serán resueltas en foros imparciales con la asistencia de buenos expertos, elegidos por los comerciantes en vez de nombrados por los gobiernos locales. Tal libertad contractual permitiría la mejora de la buena fe comercial, ya que los navieros “tramp” (navegación de línea no regular) carecen de monopolio en la actualidad. Se trata de un punto de vista no exento de utopía ya que la libertad de elección fue tradicionalmente utilizada en favor de la imposición del foro naviero, y por ende sirvió en las Reglas de Rotterdam para asegurar la permanencia de Londres como elección preferida.

Los autores de la propuesta son, sin embargo, críticos en cuanto a la noción de “parte ejecutante marítima” y, decididamente, sobre la complejidad de las Reglas de Rotterdam.” La industria marítima mira a las Reglas de Rotterdam como un instrumento muy complejo que puede causar mayor ambigüedad y más controversia que la que puedan resolver. La industria teme que se llegará a un estado de incertidumbre que dará lugar a un gran número de litigios lentos y caros. La mayor razón para hacerlas complejas reside en la intención de asegurar que las reclamaciones de los cargadores permitiéndoles demandar a múltiples partes comprometidas en el proceso del transporte”.

Siempre según dichos autores, podría lograrse una ***simplificación*** de las RR eliminando el concepto de “parte ejecutante”, incorporando la canalización de la responsabilidad hacia el Porteador y prohibiendo las acciones en vía extracontractual.

A cambio, podría introducirse un ***seguro obligatorio para responsabilidad por el cargamento*** (que los navieros y armadores ya utilizan para casco-máquinas y responsabilidades derivadas de abordaje y choque con objetos fijos), juntamente con una ***acción ejecutoria***, no acción directa, que situaría a los Clubs de P&I en la misma posición en la se encuentran cuando un buque es embargado preventivamente y el Club emite una “Letter of Undertaking” (LOU) a fin de levantar el embargo. Los Clubs de P&I serían responsables ante una acción ejecutoria o de demanda de garantía si un fallo definitivo y firme es dictado por el tribunal competente contra el Porteador y éste no paga (como ocurre en las LOU). De ello se derivaría una consecuencia positiva para el tráfico marítimo, a saber, la disminución de embargos preventivos y de los retrasos que producen para el curso del viaje y la entrega de la carga en destino. Esta parte de la propuesta nos parece sumamente interesante, dejando atrás la noción exclusiva de obligatoriedad de seguro para los riesgos de la navegación y de daños al medio ambiente. El efecto sobre los embargos preventivos y la responsabilidad por retraso sería evidente y beneficioso para el tráfico. Un “seguro obligatorio de responsabilidad por la carga” puede, a primera vista, parecer una herejía para los Aseguradores; pero sí merecería un debate amplio y abierto en el CMI y en la UNCITRAL, que abriese la puerta para una reforma – no más radical que ingeniosa y actualizadora – de las Reglas de Rotterdam.

***4.Conclusión***

El Comité Maritime International (CMI) ha convocado un Coloquio abierto en la ciudad de Gotemburgo (Suecia) para los días 22-25 Mayo, en cuyo programa se incluyen destacadas sesiones sobre las Reglas de Rotterdam. Desconocemos si el propósito seguirá siendo el oficial hasta ahora, es decir, el de apología y reafirmación del Convenio de 2009, o tendrá lugar una “revisión” – por demás, obligada – del estado actual de impasse en que se encuentra. Permitiendo el debate hacia adelante y la consideración de propuestas de reforma, como la comentada del Dr. Kragić, u otras.

No creemos demasiado en el propósito de alcanzar 15 ratificaciones o adhesiones más, para la entrada en vigor, por medio del “lobby” político, ya que el desinterés no se halla en los Gobiernos sino en el seno mismo de la industria marítima y en el fuerte rechazo de los Cargadores.

Por la exposición efectuada en el presente trabajo puede deducirse que nos parecerá necesaria una revisión a fondo, que convierta a las Reglas de Rotterdam en un “verdadero instrumento regulador de Transporte Multimodal “(Prof. William Tetley), que pueda servir para acometer una futura regulación del conjunto de operaciones llamado “Logística”.

De no hacerse así, o de no emprenderse una reforma que apunte, entre otras, a la adopción de un seguro obligatorio de responsabilidad por la carga, el “Convenio sobre Transporte de Mercancías, total o parcialmente, por Mar” navegaría a la deriva hacia el fracaso después de 16 años sin pasar del 25% de las ratificaciones/adhesiones exigidas. Ello sucedió con otros meritorios Convenios Internacionales, entre ellos el Convenio de NN.UU. sobre Transporte Multimodal, de 1980, al que se oponía el mismo sector naviero que ahora no defiende ni impulsa las Reglas de Rotterdam desde que se firmaron en 2009.

Un fracaso supondría haber perdido 46 años de oposición institucional al Convenio de Hamburgo de 1978 (que, sin embargo, entró en vigor en 1992), sin poder atraer a más países que cuatro africanos, de nula capacidad de transporte, junto con España, que años más tarde, en 2014, entronizó una ley interna, la “Ley de Navegación Marítima” 14/2014, que no siguió el sentido normativo de las Reglas de Rotterdam.

**BIBLIOGRAFIA**

**-ALCANTARA GONZALEZ, JOSE MARIA, VOL.I,” Transporte Maritimo de Mercancías y Pasajeros” Colección Convenios Internacionales Marítimos, IME -MADRID, Julio 2016, pags.245-290.**

**-ALCANTARA GONZALEZ, JOSE MARIA, “The Rotterdam Rules: Reflections after the CMI Colloquium in Buenos Aires: Setting things straight”, MARLAW Newsletter, Diciembre 2010.**

**-ALCANTARA GONZALEZ, JOSE MARIA, “The Rotterdam Rules. Prelude or premonition?”, Revista LA LEY, Madrid, 1 Febrero 2010.**

**-ALCANTARA GONZALEZ, JOSE MARIA, “Los Aseguradores ante las Reglas de Rotterdam”, Ciclo de Conferencias de Derecho Marítimo : Incidencia de las reformas legales y de la reciente jurisprudencia sobre el seguro marítimo”, Bilbao, 23 Noviembre 2009.**

**-ASARIOTIS, REGINA, “The Rotterdam Rules: a brief overview of of some key issue and aspects of potential concern”, International Conference on Logistics & Multimodal Transport, Las Palmas de Gran Canaria, 11 Octubre 2011.**

**-BAATZ, DEBATTISTA, LORENZON, SERDY, STANILAND y TSIMPLIS, “The Rotterdam Rules – a practical anotation”, INFORMA, London 2009.**

**-BERLINGIERI, FRANCESCO, “The Carriage of Goods and Passengers by Sea”, INFORMA LAW from Routledge, London 2014, pags.101-250.**

**-BERLINGIERI, FRANCESCO, “Multimodal Aspects of the Rotterdam Rules”, CMI Yearbook, 1 Octubre 2009.**

**-PETAR KRAGIC y DIANA JEROLIMOV, “A modern *Lex Mercatoria* for Carriage of Goods by Sea”, Croatian Maritime Law Association, Rijeka, 2022.**

**-SANCHEZ CALERO, FERNANDO: “El contrato de transporte marítimo. Reglas de la Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam”, Ed. Lex 2010, pags.595-781.**

**-ZHU ZUOSIAN y WANG XIAOLING, “Identification of Actual Carrier: A New Problem Facing Cargo Claimants”, UNCITRAL, document A/CN.9/645,** [**www.uncitral.org**](http://www.uncitral.org) **website.**

**=========================================================**