

TULIO ÁLVAREZ LEDO

## CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

### ASPECTOS GENERALES

El transporte marítimo de mercancías puede ser efectuado bajo el amparo de un conocimiento de embarque, de un documento de título similar, de una carta de porte marítimo (*Sea Waybill*) y, a partir de la década de los noventa, de un conocimiento de embarque electrónico.

El tema a tratar se focaliza en el contrato de transporte de mercancías por vía acuática que se efectúa bajo el amparo de un conocimiento de embarque<sup>1</sup>. Siendo éste un **contrato de adhesión**<sup>2</sup>, en el cual una de las partes (el porteador) impone, en forma unilateral, sus condiciones -entre ellas el régimen de responsabilidad- es lógico determinar la necesidad de una normativa que impida el abuso de la facultad de limitación y/o exoneración de responsabilidad del porteador.

Antes de la entrada en vigencia de la nueva legislación marítima venezolana, las anacrónicas normas contenidas en el Código de Comercio eran letra muerta por cuanto, la cláusula *Paramount*<sup>3</sup> contenida en todos los conocimientos de embarque, imponía la legislación aplicable al contrato evidenciado por el conocimiento. Tal situación ha cambiado radicalmente dado que “... *las disposiciones relativas al transporte de mercancías y de pasajeros por agua, son de carácter imperativo, salvo que la ley disponga lo contrario...*”<sup>4</sup>.

Resultan en cambio inaplicables, las disposiciones relativas al transporte de mercancías por agua, **en el caso de los contratos de fletamento**, salvo el caso que se emita un conocimiento de embarque en cumplimiento de un contrato de fletamento, y el conocimiento regule efectivamente la relación entre el porteador o el porteador efectivo y

---

<sup>1</sup> No obstante, se efectuará una breve descripción y análisis de otros instrumentos.

<sup>2</sup> “... El conocimiento de embarque es un antiguo ejemplo de contrato de adhesión que favorece a la parte que lo elabora y emite; por tal razón fue uno de los primeros contratos, controlados por la legislación...”. **TETLEY**, William, ob. Citada, pag. 227

<sup>3</sup> Cláusula Principal. Será analizada *infra*.

<sup>4</sup> Ley de Comercio Marítimo. Art. 149.

el tenedor del conocimiento que no sea el fletador<sup>5</sup>. Tal inaplicabilidad resulta lógica por cuanto, como expresé anteriormente, las disposiciones sobre fletamento, contempladas en el capítulo II del título V del mismo instrumento legal, revisten carácter supletorio de la voluntad de las partes, por tratarse de un contrato de naturaleza consensual<sup>6</sup>. En tal sentido luce conveniente aclarar que en la mayoría de las situaciones relativas a contratos de fletamento, se hace necesaria la emisión de un conocimiento de embarque para fines aduaneros o crédito documental; en este caso, la relación contractual sigue rigiéndose por el contrato de fletamento.

Caso especial es el de los denominados **COA**, que son los **contratos de fletamento** en los cuales no se pone a disposición del fletador un buque específico sino que el fletante asume la obligación de transportar una determinada cantidad de mercancía durante un período dado, sin indicación de los buques donde dichas mercancías serán transportadas. Al respecto, el artículo 200 de la Ley de Comercio Marítimo establece que “... *las disposiciones (concernientes al transporte de mercancías por agua) se aplicarán cuando en el contrato se contemple el transporte de mercancías por agua en embarques sucesivos durante un plazo acordado.*”

## **INSTRUMENTOS QUE REGULAN EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS**

### **REGLAS DE LA HAYA**

El primer instrumento de carácter internacional sobre la materia es la CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DE CIERTAS REGLAS EN MATERIA DE CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE (REGLAS DE LA HAYA), firmada en Bruselas el 25 de agosto de 1924. El sistema de La Haya ha venido rigiendo el transporte marítimo internacional durante más de 70 años; esa vigencia ha tenido, hasta ahora, carácter universal, por cuanto las Reglas de La Haya se aplican, bien por que el Estado sea signatario de la Convención; bien porque el Estado haya promulgado una Ley nacional incorporando las normas de La Haya; o, por remisión expresa de la Cláusula *Paramount* del Conocimiento de Embarque en aplicación del Derecho Internacional

---

<sup>5</sup> Ibid. Art. 201

<sup>6</sup> Ibid. Art. 150. “Las disposiciones relativas a los contratos de arrendamiento a casco desnudo y de fletamento son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que la ley disponga lo contrario.”

Privado; esto último sigue siendo cierto aun en caso de remisión a leyes nacionales que incorporen las Reglas (caso C.O.G.S.A. de los Estados Unidos de América).

### **PROTOCOLO DE VISBY**

En 1968, el Protocolo de Enmienda de la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, conocido como Protocolo de Visby, introdujo importantes modificaciones de entre las cuales cabe destacar, a los efectos de la limitación de responsabilidad, la consideración como unidad de cada bulto transportado en un “Container” o “Pallet”. Tal innovación beneficia a los cargadores en caso de averías o pérdida. La aplicación de La Haya con las enmiendas del Protocolo es lo que conocemos como el Sistema La Haya-Visby y ha sido ratificado o adherido por 26 Estados.

### **PROTOCOLO SDR<sup>7</sup>**

Por último, en 1979, un nuevo Protocolo SDR, ratificado o adherido solamente por 20 Estados, establece, como unidad de cuenta, a los efectos de la limitación de responsabilidad, el DERECHO ESPECIAL DE GIRO (DEG). El Artículo II, limita la responsabilidad del porteador a la cantidad que resulte mayor entre 666,67 Derechos Especiales de Giro por bulto o unidad, ó 2 DEG por kilogramo de peso bruto de mercadería perdida o dañada; aquellos Estados que no son miembros del Fondo Monetario Internacional y cuya legislación no permita la aplicación de la norma sobre Derecho Especial de Giro como unidad de cuenta, tendrán el derecho, conforme al Artículo II, 2, de declarar, en el momento de manifestar su adhesión al Protocolo de 1979, que seguirán aplicando el límite establecido por el Protocolo de 1968 (Visby), es decir, el monto que resulte superior entre 10.000 Francos Poincaré por bulto o unidad, ó 30 Francos Poincaré por kilogramo bruto.

### **REGLAS DE HAMBURGO**

Como quedó dicho, las Reglas de La Haya, han venido rigiendo por más de setenta años, en forma universal, todo lo atinente al régimen jurídico del transporte marítimo internacional. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte de Mercancías por Mar, conocida como Reglas de Hamburgo, firmada en 1978, entró en vigencia, para los Estados signatarios (28 Estados para el 15 de octubre de 2002), el 1º de noviembre de 1992. La aparición de las **Reglas de Hamburgo** ha venido a constituir

---

<sup>7</sup> Por las siglas inglesas de derecho especial de giro: *Special Draw Right*.

un factor perturbador de la imprescindible **UNIFORMIDAD** del Derecho Marítimo, por cuanto determina la coexistencia de dos regímenes regulatorios del transporte marítimo: 1) Reglas de la Haya, que pretende el equilibrio de intereses entre las partes intervinientes en el contrato de transporte marítimo, y 2) Reglas de Hamburgo, inclinadas abiertamente en favor de los intereses de una de las partes (cargadores).

Habida cuenta de lo expresado, se efectuará el análisis genérico comparado de las convenciones señaladas y la ley venezolana. Dicho análisis será elaborado sobre la base del sistema La Haya/Visby/SDR en comparación con el de Hamburgo y el de la ley venezolana que, con muy buen criterio, toma de cada uno los aspectos más positivos.

Es de hacer notar que, al contrario de lo que ocurre en el caso de La Haya/Visby/SDR, de cuya convención son Estados Parte todos los países marítimos de alguna significación, las Reglas de Hamburgo han fracasado en el intento de reemplazar aquélla<sup>8</sup>, después de 25 años de su firma, sólo cuenta con la adhesión de 28 Estados de escasa significación en lo que se refiere al negocio naviero.

## **LEY DE COMERCIO MARÍTIMO**

En Venezuela, el derecho marítimo comercial estaba contenido en el Libro Segundo del Código de Comercio, denominado “Del Comercio Marítimo”; cuyas disposiciones eran absolutamente anacrónicas y divorciadas de la realidad actual del comercio marítimo. A raíz de la promulgación de la Ley de Comercio Marítimo, Venezuela se ha incorporado al régimen universal que regula el derecho marítimo comercial por cuanto, sus disposiciones recogen las equivalentes de las convenciones internacionales y las modernas legislaciones nacionales. En el caso particular del contrato de transporte marítimo, se inspira básicamente en el sistema La Haya/Visby/SDR aun cuando acoge algunas disposiciones contenidas en Hamburgo.

## **ANÁLISIS DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO**

---

<sup>8</sup> La más reciente comprobación de este aserto lo encontramos en la revista “Maritime Advocate Online”, Issue 109. Junio 10, 2003, la cual, refiriéndose al caso de Australia expresa: “... En primer lugar, Australia se ha equiparado al resto de nosotros y ha descartado las Reglas de Hamburgo como una causa perdida. Ha implementado, sobre una base permanente las Reglas de la Haya/Visby modificadas. El resultado, complementado con adiciones propias de la idiosincracia australiana es la Ley de Transporte de Mercancía por Mar (COGSA australiano). Esta ley se aplicará a todo embarque, incluyendo embarques efectuados desde el extranjero; el gobierno australiano se reserva el derecho de ignorar acuerdos que estipulen la aplicación de otras reglas...”

A continuación se efectuará el análisis del contrato de transporte marítimo desde la perspectiva de las Reglas La Haya/Visby/SDR, las Reglas de Hamburgo, y las disposiciones correlativas de la Ley de Comercio Marítimo que, como quedó dicho, acoge las disposiciones más justas de ambas convenciones, configurando lo que parece ser, como se demuestra *infra* (“Unificación del Régimen de Responsabilidad”), la tendencia internacional para la unificación. En lo que se refiere a la definición misma del contrato tenemos:

LA HAYA/VISBY/SDR	HAMBURGO	LEY DE COMERCIO MARÍTIMO
<p><i>ARTÍCULO 1. b)</i>  <i>"Contrato de Transporte" se aplica únicamente al contrato de transporte comprobado por un conocimiento o por cualquier documento similar de título que habilite para el transporte de las mercaderías por mar; se aplica también al conocimiento o documento similar extendido en virtud de un contrato de fletamento, a partir del momento en que ese documento habilitante rige las relaciones entre el porteador y el tenedor del conocimiento;</i></p> <p><i>Artículo 5</i>  <i>... Ninguna disposición de la presente Convención se aplica a las pólizas de fletamento, pero los conocimientos que se otorguen en el caso de un buque sujeto a las disposiciones de una póliza de fletamento deberán ajustarse a los términos de la presente Convención.</i></p>	<p><i>ARTÍCULO 1. 6</i>  <i>Por "contrato de transporte marítimo" se entiende todo contrato en virtud del cual el porteador se compromete, contra el pago de un flete, a transportar mercancías por mar de un puerto a otro; no obstante, el contrato que comprenda transporte marítimo y también transporte por cualquier otro medio se considerará contrato de transporte marítimo a los efectos del presente Convenio sólo por lo que respecta al transporte marítimo.</i></p>	<p><i>ARTÍCULO 197. 6</i>  <i>Contrato de transporte por agua: todo aquel en virtud del cual el porteador se compromete, contra el pago de un flete, a transportar mercancías por agua de un puerto a otro.</i></p> <p><i>ARTÍCULO 201</i>  <i>Las disposiciones de este Capítulo no son aplicables a los contratos de fletamento. No obstante, cuando se emita un conocimiento de embarque en cumplimiento de un contrato de fletamento, ellas se aplicarán a dicho conocimiento si éste regula la relación entre el porteador o el porteador efectivo y el tenedor del conocimiento que no sea el fletador.</i></p>

Como se evidencia de las respectivas definiciones, la legislación venezolana acoge tanto esta definición como las restantes, contenidas en el artículo 1 de Hamburgo, definición esta sustentada en el objeto y causa del contrato, y lo regula con independencia de que se haya emitido o no un conocimiento de embarque. Por su parte; La Haya/Visby/SDR se fundamenta en la naturaleza del documento contentivo del contrato, es decir, sólo existe un “contrato de transporte” cuando éste es evidenciado por un

conocimiento de embarque o cualquier documento similar de título que habilite para el transporte de las mercaderías por mar.

## **PARTES EN EL CONTRATO**

Las partes en el contrato de transporte marítimo son el **porteador**, el **cargador** y la persona designada en el conocimiento de embarque como **consignatario**. Al respecto expresa Tetley<sup>9</sup> que, en los contratos F.O.B.<sup>10</sup> el cargador, como agente del consignatario, usualmente embarca las mercancías a bordo, transmitiendo al comprador (consignatario) el riesgo sobre aquéllas al pasar la borda del buque en el momento de la carga, aún cuando, la transferencia de la propiedad sólo opere contra la entrega de los documentos, una vez pagado el precio.

Eventualmente, pueden ser partes: a) el **cesionario** o **endosatario** de un conocimiento de embarque y b) el **asegurador** de las mercancías, en virtud de la subrogación contractual o legal<sup>11</sup>.

## **IDENTIDAD DEL PORTEADOR<sup>12</sup>**

En ambas convenciones se identifica como aquél que ha celebrado un contrato de transporte con un cargador. La ley venezolana acoge, en su artículo 197, el criterio establecido por Hamburgo que establece diferencia entre el porteador y porteador efectivo, introduciendo además en forma expresa, la figura del consignatario.

A los fines del ejercicio de las acciones derivadas del contrato de transporte, es de la mayor importancia la determinación de la identidad del porteador. A primera vista la

---

<sup>9</sup> **TETLEY**, William  
Marine Cargo Claims. Third Edition  
Les Editions Yvon Blais Inc. Montreal, 1988

<sup>10</sup> **Free on Board** (Libre a bordo): La obligación del vendedor es entregar las mercancías a bordo del buque en el puerto convenido. El vendedor también se responsabiliza de los trámites de aduana de exportación así como de la carga de las mercancías en el buque. Por su parte el comprador paga el flete y el seguro, además de correr con el riesgo de pérdida o daño de las mercancías cuando sobrepasa la borda del buque. Ver *infra*: Incoterms 2000.

<sup>11</sup> Ley de Comercio Marítimo. Art. 120

<sup>12</sup> En lo sucesivo se utilizará exclusivamente el término “porteador” por ser éste el acogido en la ley venezolana.

solución parece simple: **el signatario del conocimiento**; sin embargo, por lo general, el conocimiento es firmado por el capitán u otra persona que actúa en su nombre<sup>13</sup>; en tal caso, el capitán, en su carácter de representante del armador, obliga a éste. Pero puede ocurrir que exista un contrato de fletamento mediante el cual, el fletador asume la gestión comercial del buque y emite conocimientos de embarque cuyo signatario es el capitán o un agente; en este caso, el porteador será el fletador.

Conforme a las definiciones, se considera “transportador” o “porteador”, en sus respectivos casos, para todos los efectos, tanto al propietario -en el caso en que explote la nave en forma directa- como al armador fletador. Es decir, el responsable del cumplimiento del contrato será **el emitente del conocimiento de embarque**.

En lo que se refiere a la legitimación activa, dado el carácter de negociabilidad del conocimiento de embarque, podrá ser ejercida por el cargador mismo, por el consignatario designado en el conocimiento, por un endosatario o cesionario del mismo, o por un asegurador subrogado.

## **EL PORTEADOR EFECTIVO**

El problema parece agudizarse con la figura del “porteador efectivo”, quien físicamente realiza el transporte de las mercancías o parte de éste. La Haya/Visby/SDR no contempla esta figura que aparece por vez primera en el Convenio de Guadalajara sobre transporte aéreo, adaptada en Hamburgo y acogida en la legislación venezolana, según la cual: i) el régimen de responsabilidad del porteador es aplicable al porteador efectivo, con respecto a la etapa del transporte que haya realizado<sup>14</sup>; ii) se establece la solidaridad entre el porteador y el porteador efectivo<sup>15</sup>; iii) los acuerdos especiales entre el porteador y el cargador, surtirán efecto respecto al porteador efectivo, sólo si este lo ha aceptado expresamente y por escrito<sup>16</sup>; y iv) queda a salvo el derecho de repetición que pueda existir entre el porteador y el porteador efectivo<sup>17</sup>. En igual sentido se pronuncia Hamburgo, artículo 10, numerales 2, 4, 3 y 6, respectivamente.

---

<sup>13</sup> Ley de Comercio Marítimo: **Artículo 233**. El conocimiento de embarque debe ser firmado por el porteador, por una persona autorizada al efecto por él o por el Capitán del buque que transporte las mercancías.

<sup>14</sup> Ibid. Art. 224

<sup>15</sup> Ibid. Art. 225

<sup>16</sup> Ibid. Art. 226

<sup>17</sup> La Haya/Visby/SDR. Artículo 1.a)

## **EL CARGADOR Y EL CONSIGNATARIO**

La importancia de la determinación de las partes radica en la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de transporte. En tal sentido, La Haya/Visby/SDR omite la figura del consignatario y parece limitar las partes al “transportador” y el cargador sin embargo la doctrina y la jurisprudencia establecen claramente la cualidad de “parte” del consignatario. La más reciente jurisprudencia en los países anglosajones determina que la legitimación activa en las reclamaciones por daños o pérdida de la mercancía, corresponde al propietario de las mercancías y, en consecuencia, se debe determinar el momento de la transferencia de la propiedad sobre éstas.

En las Reglas de Hamburgo y la ley venezolana la situación es distinta por cuanto, no sólo se define al consignatario sino que, se le señala como el titular de las reclamaciones y acciones; en efecto, Hamburgo, en su Parte V (Reclamaciones y Acciones) y la Ley de Comercio Marítimo en su Título V, Capítulo III, Sección VI (Reclamaciones y Acciones)<sup>18</sup>, atribuyen la titularidad de la acción al consignatario<sup>19</sup>, a la vez que, al reglamentar la acción de regreso, otorgan la titularidad de la acción al asegurador subrogado.

## **LAS MERCANCÍAS**

Los tres instrumentos analizados concuerdan en que se considera “mercancía” cualquier clase de bien objeto del transporte; en tal sentido la redacción más apropiada es la contenida en la ley venezolana que describe el término como “todo bien susceptible de ser transportado por agua”. Al respecto, el elemento novedoso incluido en Hamburgo y la Ley de Comercio Marítimo es el que se refiere al contenedor o paleta utilizados para embalar y/o agrupar las mercancías, los cuales, cuando han sido suministrados por el cargador, son considerados a su vez como mercancías, a los efectos de la responsabilidad del porteador.

Vista la característica especial de determinados tipos de carga, se impone el señalamiento y análisis de los mismos.

## **TRANSPORTE DE ANIMALES VIVOS**

---

<sup>18</sup> Esta Sección será analizada *infra*.

<sup>19</sup> Al definir al consignatario como “toda persona facultada para recibir las mercancías”, se entiende como tal, no sólo a quien con tal carácter es señalado en el conocimiento, sino a cualquier tenedor legítimo (subrogado, cesionario o endosatario).

El transporte de animales vivos queda excluido, expresamente, de la aplicación de La Haya/Visby/SDR y, por el contrario, incluido, también en forma expresa, por Hamburgo y la Ley de Comercio Marítimo. La exclusión contenida en el primero de los instrumentos bajo análisis se justificó, en su momento, en virtud del riesgo inherente a ese tipo de transporte que, necesariamente debe ser realizado bajo condiciones especiales que ameritan la celebración de un contrato también especial.

La Ley de Comercio Marítimo acoge el criterio establecido en Hamburgo sobre este particular. En primer lugar, reconoce los riesgos especiales atinentes a este tipo de transporte, eximiendo de responsabilidad al porteador a menos que exista prueba de su culpa o negligencia; se condiciona esta exención a que el porteador pruebe que ha cumplido las instrucciones del cargador; esta circunstancia constituye en la práctica la existencia de un contrato especial mediante el cual, el cargador queda obligado a impartir instrucciones concretas sobre el cuidado y vigilancia de los semovientes transportados.

La expresión "... con exclusión de la falta náutica<sup>20</sup> no relacionada con las obligaciones mencionadas en el artículo 204..." se refiere a la obligación fundamental del porteador con relación al estado de navegabilidad del buque antes de iniciarse el transporte. La redacción es un tanto confusa por lo que se impone aclarar su significado; en efecto: en ningún caso podrá el porteador alegar exención de responsabilidad cuando ha incurrido en incumplimiento de esa obligación fundamental; en los demás casos de falta náutica, el porteador queda exento de responsabilidad.

## **CARGA TRANSPORTADA EN CUBIERTA**

Al igual que en el caso de los animales vivos, La Haya/Visby/SDR excluye de la aplicación de las Reglas los cargamentos transportados sobre cubierta, indicando que son transportados de hecho; sin embargo, la jurisprudencia y doctrina han elaborado un marco conceptual relativo a esta modalidad que podemos resumir así: Se debe distinguir la situación en la cual el cargador acepta tal hecho, del caso en que la carga es transportada en cubierta sin su consentimiento; en el primer caso, el transporte se rige, exclusivamente, por las estipulaciones contenidas en el conocimiento de embarque, sin las restricciones impuestas por las Reglas en lo concerniente a limitación y exención de

---

<sup>20</sup> El artículo 197.8 de la Ley de Comercio Marítimo, la define como "toda acción u omisión que genere negligencia o culpa del Capitán, tripulantes u otros dependientes del porteador, o del piloto en la navegación y manejo técnico del buque". Será analizada *infra*.

responsabilidad. En el segundo caso, el transportador responderá en términos absolutos de los daños que pudieren sufrir las mercaderías.

Tetley sostiene<sup>21</sup> que para considerar un conocimiento de embarque como *limpio* es imprescindible, tanto antes como después de la vigencia de las Reglas de La Haya, que las mercancías sean transportadas bajo cubierta; es decir, cuando el porteador se obliga a transportar mercancías en virtud de un conocimiento de embarque, sin indicar el lugar en el cual serán transportadas, se entiende que serán ubicadas en bodegas. Desgraciadamente no existe ninguna disposición específica de las Reglas que estipule tal principio; sin embargo, el embarque bajo cubierta es asumido tácitamente en la Regla 3 (2) de La Haya/Visby/SDR, según la cual el porteador está obligado a estibar debida y cuidadosamente.

**Las Reglas de Hamburgo**, tomando en cuenta la evolución de las técnicas de embalaje y especialmente la containerización, permiten expresamente que el porteador transporte mercancías sobre cubierta, no sólo cuando el cargador conviene en ello, sino también cuando este transporte se realiza de conformidad con los usos del comercio de que se trate o si lo exigen las disposiciones legales. Además, Hamburgo responsabiliza al porteador, sobre la base de una presunción de culpa o negligencia, de la pérdida, daño o retraso respecto de las mercancías que se le haya permitido transportar sobre cubierta. Si transporta mercancías sobre cubierta sin que se le haya permitido hacerlo, será responsable de la pérdida, daño o retraso que resulten exclusivamente del transporte sobre cubierta, sin que pueda excluir esta responsabilidad demostrando que se tomaron medidas razonables para evitar la pérdida, el daño o el retraso.<sup>22</sup>

Por su parte, la Ley de Comercio Marítimo acoge, parcialmente, las disposiciones de Hamburgo sobre la materia, con la diferencia que, mientras Hamburgo permite el transporte de mercancías en cubierta cuando así lo acepta el cargador **o** cuando ese transporte se realice conforme a los usos del comercio de que se trate, la ley venezolana exige la concurrencia de ambas condiciones: "... cuando exista acuerdo con el cargador **y** lo permita la ley o los usos del comercio...".

---

<sup>21</sup> **TETLEY**, William, ob. citada, pág. 652

<sup>22</sup> Nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo). Pag. 6

La Alta Corte de Inglaterra, en reciente decisión<sup>23</sup> relativa al derecho de limitación y exoneración de responsabilidad del porteador cuando éste transporta carga en cubierta en violación del contrato, estableció que en este caso el porteador podía invocar el derecho de limitación pero no el de exoneración; la sentencia en cuestión expresa:

“... El contrato de transporte incluye una Cláusula Paramount según la cual las Reglas de La Haya (sin las modificaciones de Visby y SDR) resultaban aplicables al contrato... Se emitieron seis conocimientos de embarque, ninguno de los cuales especificaba que las mercancías serían transportadas sobre cubierta inicialmente los 34 bultos que componían el embarque (excavadoras) fueron estibadas en bodegas, pero durante el viaje 26 fueron reestibadas sobre cubierta; de éstas, ocho se soltaron y cayeron al mar, y algunas de las restantes sufrieron daños menores.

El porteador alegó que no era responsable por cuanto, la pérdida fue causada por riesgo de mar y adicionalmente las mercancías que resultaron dañadas adolecían de insuficiencia de empaque; a todo evento alegaron que cualquier reclamo por pérdida o daño estaba sujeto a la limitación de responsabilidad por bulto establecida en el artículo 4. 5 de las Reglas de La Haya. Por su parte, el cargador alegó que la estiba en cubierta contravenía las disposiciones del contrato de transporte y ello significaba que el porteador no podía acogerse a las causales de exoneración establecidas en el artículo 4.2, ni en el derecho de limitación establecido en el artículo 4.5 de las Reglas de La Haya.

La Corte decidió que, en lo que respecta a la limitación de responsabilidad, la Regla pertinente contiene la expresión ‘en ningún caso’, en consecuencia, era aplicable la limitación de responsabilidad; sin embargo, en cuanto la exoneración de responsabilidad “... Un porteador que contrata para transportar mercancías en bodega y en su lugar las transporte en cubierta, no puede exonerarse de la responsabilidad derivada de cualquier pérdida o daño que ocurra como consecuencia de tal violación, sea por causa de riesgo de mar o por insuficiencia de empaque...”.

## **MERCANCÍAS PELIGROSAS**

Mediante sentencia del 22 de enero de 1998 Lord Lloyd of Berwick: estableció:

---

<sup>23</sup> English High Court, Commercial Court: Langley J.: Daewoo Heavy Industries Limited v Klipriver Shipping Limited. 11 July 2002. En página web de David Martin Clark: <http://www.onlinedmc.co.uk>. DMC/SandT/28/02

*“... La expresión ‘peligrosas’ relativa a las mercancías transportadas debe ser interpretada en un sentido amplio. Las mercancías pueden ser peligrosas si lo son para otras mercancías aunque no lo sean para el buque en sí mismo ...omissis...*

*En primer lugar, es principio aceptado en derecho que desde el caso Chandris v. Isbrandtsen-Moller Co. Inc., (1950) ... la expresión dejó de estar confinada a mercancía de naturaleza inflamable o explosiva, o similares.*

*En segundo lugar, las mercancías pueden ser peligrosas dentro del significado del artículo 4.6 (de La Haya/Visby/SDR), si ponen en peligro otras mercancías, aun en caso de que no lo sean para el buque...”<sup>24</sup>.*

A los fines de determinar las respectivas responsabilidades en los casos enunciados, es necesario determinar en cada caso sí el porteador y el cargador conocían o debieron haber conocido la naturaleza peligrosa de la carga.

Pero no se limita a lo señalado en el párrafo anterior la responsabilidad del cargador hacia el porteador y los demás cargadores; en la más reciente decisión de la jurisprudencia inglesa la Cámara de los Lores ratificó la Decisión de la Corte de Apelaciones con relación a la responsabilidad de un cargador que embarcó mercancías infectadas, sosteniendo que:

**No existe razón alguna para confinar la expresión “mercancía peligrosa” a aquellas mercancías susceptibles de causar daño físico directo al buque u otras mercancías (como por ejemplo una explosión).** En el caso concreto, el cargamento de maní infectado, resultó físicamente peligroso para la carga de trigo, por cuanto la echazón de trigo que debió realizarse en alta mar fue consecuencia directa, y no inesperada, del embarque de maní infectado.

La Organización Marítima Internacional regula expresamente lo relativo a esta modalidad de transporte marítimo en la Convención Internacional para la Seguridad de la Vida en el Mar (SOLAS 1974), cuyo Capítulo VII (*Transporte de Mercancías Peligrosas*) se subdivide en tres partes que se resumen así:

**Parte A** – Contiene todo lo referente al transporte en bultos, en forma sólida o a granel, incluyendo lo relativo a clasificación, empaque, marcas, etiquetado, documentación y estiba de mercancías peligrosas.

---

<sup>24</sup> House of Lords **22 January 1998**, Effort Shipping Co. Ltd. v. Linden Management S.A. and Another–The “Giannis NK” ([1999] 1 Lloyd’s Rep. 337). En página web de Davida Martin Clark: **¡Error! Marcador no definido.**

**Parte B** - Contempla la construcción y equipamiento de buques transportadores de productos químicos líquidos de naturaleza peligrosa a granel, y exige, en el caso de los tanqueros construidos después del 1º de julio de 1986, el cumplimiento del Código Internacional sobre Productos Químicos a Granel (**IBC Code** por las siglas inglesas de **International Bulk Chemical Code**).

**Parte C** – Se refiere a la construcción y equipamiento de buques transportadores de gases, y transportadores de gases licuados a granel construidos con posterioridad al 1º de julio de 1986, para dar cumplimiento a los requerimientos del Código Internacional para Buques Gaseros (**IGC Code** por las siglas inglesas de **International Gas Carrier Code**).

## ÁMBITO DE APLICACIÓN

Al comentar la disposición del COGSA según la cual éste se aplica *ex proprio vigore* a todo caso de transporte de mercancías por mar cuando el puerto de origen o de destino de las mercancías transportadas esté situado en territorio de los Estados Unidos, Tetley la critica abiertamente al señalar que es infortunada y se debe a la redacción chauvinista de COGSA que, al contrario del resto de los países del mundo marítimo aplica su ley nacional tanto a las exportaciones como a las importaciones, violando así un principio básico de derecho internacional privado según el cual, en materia contractual debe aplicarse la ley del contrato. A pesar de tan autorizada opinión, es justo señalar que COGSA, en lo que se refiere al régimen de responsabilidad es una copia casi textual de las Reglas de La Haya, sin las enmiendas derivadas de los protocolos y la disposición objeto de crítica que encabeza este instrumento, constituye una de las pocas excepciones que lo diferencian del régimen de La Haya.

Tanto Hamburgo como la Ley de Comercio Marítimo incurren en el mismo vicio a que alude Tetley, al imponer su aplicación a la mercancía de exportación y de importación.

El artículo 10 de La Haya/Visby/SDR, establece el ámbito de aplicación sobre la base del **puerto de carga** de las mercancías y, alternativamente, conforme a la cláusula Paramount, “... cualquiera que sea la nacionalidad del buque, del transportador, del cargador, del destinatario o de cualquier persona interesada”.

Por su parte, las Reglas de Hamburgo establecen, en su artículo 2, que sus disposiciones se aplicarán siempre que el **puerto de carga o de descarga, o uno de los**

**puertos facultativos de descarga**, esté situado en un Estado contratante; o cuando el conocimiento de embarque sea emitido en un Estado contratante; o por aplicación de Cláusula Paramount; sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, del porteador efectivo, del cargador, del consignatario o de cualquier otra persona interesada.

Como puede apreciarse, los instrumentos internacionales analizados coinciden en su aplicación respecto al puerto de salida de las mercancías con independencia de la nacionalidad de las partes; Hamburgo, a diferencia de la Haya/Visby/SDR, extiende la aplicación de las Reglas, tanto a las mercancías de exportación como las de importación.

La Ley de Comercio Marítimo, acoge el criterio de Hamburgo y reviste a la normativa sobre transporte marítimo en ella contenida, del carácter de normas de orden público<sup>25</sup>. Tal atribución, derogatoria del principio general de la autonomía de la voluntad que rige en materia de legislación aplicable a contratos internacionales, es sin embargo, consistente con la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>26</sup> y con el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>27</sup>.

No obstante lo expresado, luce inconveniente y exagerada esta norma de la Ley de Comercio Marítimo por cuanto, ello pudiere incidir negativamente en la exportación al sujetar a las disposiciones de la ley venezolana, contratos que deben ejecutarse en el extranjero; máxime si tomamos en cuenta lo establecido en el artículo 244 *eiusdem*<sup>28</sup>, según el cual “... Cuando se emita un conocimiento de embarque o cualquier otro documento que haga prueba del contrato de transporte de mercancías por agua, deberá

---

<sup>25</sup> Ley de Comercio Marítimo.

“**Artículo 149.** Las disposiciones relativas al transporte de mercancías y de pasajeros por agua, son de carácter imperativo, salvo que la ley disponga lo contrario.”

<sup>26</sup> Ley de Derecho Internacional Privado:

“**Artículo 10.** No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicará necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos.”

<sup>27</sup> “... No obstante lo previsto en los artículos anteriores, **se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo...**”.

<sup>28</sup> En el mejor de los casos, estas disposiciones resultarán, en la práctica, inaplicables por cuanto, el supuesto normativo implica la ejecución del contrato en país extranjero, circunstancia esta que originará conflictos de leyes en casos de países, como los Estados Unidos, en los cuales las disposiciones sobre la materia son igualmente de naturaleza imperativa (COGSA). En tal caso, el conflicto deberá resolverse conforme al primer aparte del artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, según el cual: “Será *discreción del foro*, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.”

*incluirse una declaración estableciendo que el transporte está sujeto a las disposiciones de este Decreto Ley y que será nula toda estipulación en contrario, en perjuicio del cargador o del consignatario...".* Hubiese sido mucho más lógico limitar la disposición a los casos de mercancías de importación, como lo hace, con muy buen tino, la disposición relativa a jurisdicción contenida en el artículo 10 del mismo texto legal, según la cual “... *Corresponde a la jurisdicción venezolana conocer en forma inderogable de las acciones en materia de contratos de transporte de bienes o de personas **que ingresan al territorio venezolano...***”<sup>29</sup>.

### **APLICACIÓN ESTRICTA DE LOS INSTRUMENTOS**

El artículo 3.8 de La Haya/Visby/SDR es determinante a los efectos de la coercibilidad de las normas contenidas en las Reglas; en efecto, dado el principio de la autonomía de la voluntad en la formación de los contratos, la omisión de una disposición como la contenida en el párrafo bajo análisis pudiere interpretarse en el sentido de que la remisión a las Reglas, establecida mediante Cláusula Paramount, se hace sólo con la intención de que éstas sean consideradas como supletorias de la voluntad de las partes. Tal interpretación conduciría al absurdo de que prevalezcan las estipulaciones contractuales contenidas en el conocimiento de embarque frente a la normativa de las Reglas. Mediante la inserción de este párrafo se despeja cualquier duda al respecto y queda claro que cualquier estipulación perjudicial para el cargador, contenida en el conocimiento de embarque, debe tenerse por no escrita.

Hamburgo establece el mismo principio de coercibilidad, extendiendo ésta a toda estipulación “... *que se aparte directa o indirectamente del presente Convenio...*”. La Ley de Comercio Marítimo declara “... *nula toda estipulación en contrario, **en perjuicio del cargador o del consignatario...***” y confiere carácter imperativo a sus disposiciones referentes al transporte de mercancías por agua. Como puede apreciarse, salvo diferencias en redacción, los tres instrumentos coinciden en declarar nula toda estipulación contraria a su contenido.

En cambio, existe una notable diferencia en cuanto a la cesión del beneficio del seguro al porteador; en efecto:

---

<sup>29</sup> Esta norma beneficia al importador venezolano quien, antes de su promulgación se veía limitado en su derecho a obtener la indemnización de pérdida o daño sufridos por sus mercancías, dado que la cláusula de jurisdicción del conocimiento de embarque remitía al conocimiento de tribunales extranjeros, las controversias derivadas del contrato de transporte.

En La Haya/Visby/SDR se acepta la validez de la cesión y se interpreta como una exención de responsabilidad del porteador.

En Hamburgo y la Ley de Comercio Marítimo se declara nula cualquier estipulación en tal sentido. Esa declaratoria de nulidad es absolutamente lógica si tomamos en cuenta que tal cesión significaría la impunidad del porteador por cuanto, de producirse la pérdida o daños a las mercancías, el titular de la acción de indemnización contra el asegurador - beneficiario de la póliza de seguro- sería el cesionario (porteador), produciéndose entonces la “**confusión**” consagrada en el artículo 1.342 del Código Civil según el cual “*Cuando las cualidades de acreedor y de deudor se reúnen en la misma persona, la obligación se extingue por confusión*”.

## EL FLETE

Analizadas como han sido, las partes y el objeto del contrato de transporte marítimo, queda pendiente un elemento contenido en su definición como es el flete. La figura no se encuentra regulada en forma expresa en las convenciones bajo análisis y en consecuencia, éste se efectuará sobre la base de la legislación venezolana.

Ninguno de los instrumentos bajo análisis contiene la definición del flete; en consecuencia me atengo a la definición del Diccionario de la Real Academia Española, según el cual: “**Flete**: Precio estipulado por el alquiler de una nave o una parte de ella. Carga de un buque. **Precio del alquiler de un medio de transporte. Venezuela: Valor del traslado de mercancías en un vehículo de transporte.**” Como puede apreciarse, el término flete, según el DRAE, está referido tanto al precio que paga el fletador por el **fletamento** por viaje o por tiempo de un buque como al que paga el cargador al porteador en virtud del contrato de transporte. Entre los diccionarios de lengua inglesa, Webster’s<sup>30</sup> lo define simplemente como “*el costo del transporte*”.

El flete puede ser pactado por peso, volumen, por bultos o sobre la base del valor de las mercancías transportadas. Como regla general el flete se establece por el peso; sin embargo, la determinación de la modalidad a ser utilizada depende básicamente de la relación peso volumen; en tal sentido, en el caso de las mercancías cuyo volumen sea excesivo en relación con el peso, el flete será pactado sobre la base del volumen. El flete

---

<sup>30</sup> **Webster’s New World Dictionary**  
Third College Edition. Simon & Schuster, Inc.  
New York, 1988

se pacta por unidad en el caso de bultos de gran peso y volumen, por ejemplo, maquinaria pesada. En el caso de mercancías cuyo valor sea desproporcionado en relación con su peso o volumen, el flete será pactado sobre la base *ad-valorem*.

## **EL FLETE “A RIESGO” O “A TODO EVENTO”**

Siguiendo a Gilmore & Black<sup>31</sup>, cuando un buque se encuentra en viaje, existen tres cosas en riesgo: el buque, la carga y el flete. Las dos primeras se explican por sí mismas; en cuanto al flete, en derecho marítimo y costumbre mercantil, el término nunca se refiere a las mercancías transportadas sino a la compensación que recibe el porteador por el transporte de las mercancías. Se expresa que el interés del porteador en el flete se considera a riesgo por cuanto, en el derecho marítimo general sobre transporte, el porteador no cobra hasta que las mercancías sean entregadas en el lugar de destino; en consecuencia, la pérdida de las mercancías conlleva la pérdida del flete. En la actualidad, los conocimientos de embarque prevén frecuentemente que el flete se considera pagable en el momento en que las mercancías son embarcadas; en tal caso, el flete, obviamente no está “a riesgo”.

La Ley de Comercio Marítimo determina, respetando el principio de la autonomía de la voluntad, la exigibilidad del flete, al ser entregadas las mercancías al consignatario<sup>32</sup>, a quien este designe o una autoridad a quien deban ser entregadas conforme el contrato, la ley o la costumbre<sup>33</sup>. De igual manera, en forma supletoria a la voluntad de las partes manifestada en el conocimiento de embarque, se establece que las mercancías que no lleguen a destino no causan flete, salvo que su pago:

1. Sea pactado a todo evento.
2. Que la pérdida se deba a culpa del cargador o del consignatario.
3. Por vicio propio de la mercancía.
4. Por un acto de avería gruesa o común.

No procede el abandono de las mercancías en pago del flete, ni negarse a su pago, alegando que llegaron dañadas. Efectivamente, en el caso de daños a las mercancías, el consignatario debe ejercer las acciones que serán analizadas *infra*, pero

---

<sup>31</sup> **GILMORE**, Grant and **BLACK** Charles L. Ob. Citada. Pag. 245

<sup>32</sup> Ley de Comercio Marítimo. Artículo 256

<sup>33</sup> *Ibid.* Artículo 203

no tiene derecho a retener el pago del flete o abandonar las mercancías por cuanto, si lo hiciera, el porteador tendrá entonces la potestad de ejercer acciones legales contra el consignatario si, ejercidos sus derechos y acciones sobre las mercancías, éstas resultaren total o parcialmente infructuosas.<sup>34</sup>

En lo que se refiere a la persona obligada a pagar el flete, Hamburgo y la Ley de Comercio Marítimo coinciden en atribuir **al cargador** la obligación del pago del flete. Esta obligación puede ser, conforme a la modalidad elegida entre los INCOTERMS, de efectuar el pago por cuenta propia o por cuenta del consignatario. En todo caso, el consignatario sólo queda obligado al pago, cuando así lo determine, en forma expresa, el conocimiento de embarque; la presunción *iuris tantum* establecida en las disposiciones que anteceden, se transforman en *iuris et de iure* en caso que el conocimiento haya sido transferido a un tercero de buena fe.

## **ACCIONES Y PRIVILEGIOS DEL PORTEADOR PARA EL COBRO DEL FLETE**

Confirmando la característica *permanencia* del derecho marítimo, la Ley de Comercio Marítimo reitera las derogadas disposiciones del Código de Comercio al disponer:

*“Artículo 258. El porteador no puede retener mercancías a bordo, en garantía de sus créditos.*

*“Artículo 259. El porteador mediante una orden judicial, podrá depositar las mercancías en manos de un tercero, con el fin de garantizar el pago del flete, sobreestadías, gastos y el afianzamiento o caución de la contribución de la avería gruesa o común y la firma del compromiso de avería.*

*El porteador si nadie se presentare a reclamar las mercancías, podrá pedir su remate judicial, si fueren perecederas o de difícil conservación o si transcurriere un término de sesenta (60) días continuos después de notificado el depósito.”*

El porteador goza de privilegio sobre las mercancías transportadas; este privilegio está en el cuarto lugar del orden de prelación después de los derechos fiscales originados por las operaciones aduaneras, los créditos originados por las operaciones portuarias y, las remuneraciones de salvamento y contribución a la avería gruesa. El privilegio se extingue si no se ejerce la acción de cobro del flete dentro de los treinta días continuos

---

<sup>34</sup> Ibid. Artículo 257

siguientes a la entrega de las mercancías o si estas han pasado legítimamente a poder de tercero. Puede igualmente el porteador solicitar el embargo preventivo de las mercancías mientras estén en la jurisdicción aduanera o en poder del consignatario o del propietario a quien el consignatario represente; y solicitar su remate inmediato si son perecederas o de difícil u onerosa conservación.

## EJECUCIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

### ACTOS DE EJECUCIÓN

Los actos de ejecución del contrato de transporte marítimo se rigen, en general, por el principio rector *pacta sunt servanda*, acogido en el artículo 1.160 de nuestro Código Civil. No obstante, dada la atipicidad de las normas del derecho marítimo y sus riesgos inherentes, la Ley de Comercio Marítimo establece tres normas expresas a este respecto:

**“Artículo 246.** *En caso de interrupción del viaje que impida o retarde su terminación, cualquiera sea su causa, el porteador debe proceder a transbordar las mercancías para ser entregadas en el puerto de destino estipulado.*

*Son a cargo del porteador los gastos de trasbordo y el flete para terminar el desplazamiento y entrega de las mercancías, cuando la interrupción sea consecuencia de una causa de exoneración de su responsabilidad.*

*A todo evento, el porteador conserva el valor del flete estipulado en el contrato de transporte de mercancías por agua...”.*

**Artículo 247.** *El consignatario no puede negarse a recibir la mercancía, aunque ésta se encuentre dañada.*

**Artículo 248.** *En caso de descarga directa si el consignatario no se presentare a recibir la mercancía o rehusare hacerlo, el porteador podrá proceder a la descarga y almacenamiento, por cuenta y riesgo del consignatario, notificándolo o a su agente, y en caso de resultar imposible su localización, lo publicará en un diario de circulación local o regional en el puerto de descarga.*

### CAUSALES ESPECÍFICAS DE RESOLUCIÓN

El principio general sobre resolución de los contratos está establecido en el artículo 1.159 del Código Civil, según el cual *“Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley”*. En concordancia con esta disposición, el artículo 274 de la Ley de Comercio

Marítimo establece por vía excepcional que los contratos de transporte marítimo quedan resueltos a instancia de cualquiera de las partes, sin derecho a reclamo entre ellas, sí antes de comenzado el viaje:

1. *La salida del buque es impedida por caso fortuito o fuerza mayor.*
2. *Se prohíbe la exportación o la importación de las mercancías estipuladas en el contrato, en el país de zarpe o de destino, según fuere el caso.*
3. *Sobreviene una situación de conflicto armado en el estado a cuya bandera pertenece el buque.*
4. *Sobreviene la declaración de bloqueo del puerto de carga o de descarga.*
5. *Se declara la interdicción de comercio contra el estado donde el buque debe dirigirse.*
6. *El buque o la mercancía dejan de ser considerados propiedad neutral, por algunos de los estados beligerantes.*<sup>35</sup>

**En estos casos, los gastos de carga y descarga son por cuenta del respectivo cargador y el flete que se haya percibido anticipadamente deberá restituirse.**

## RECLAMACIONES Y ACCIONES

### NOTIFICACIONES

El primer elemento que debe ser examinado es la notificación sobre la naturaleza y extensión de los daños que debe efectuar el consignatario al porteador; en los instrumentos bajo análisis, la notificación se regula así:

En **La Haya/Visby/SDR** se establece, a efectos de la prescripción, una diferencia entre daños aparentes o no; así, en el caso de daños aparentes el aviso por escrito deberá formularse antes o en el momento de retiro de las mercaderías; en caso de daños no aparentes, el aviso deberá darse dentro de los tres días siguientes a la entrega. **Hamburgo** establece la misma distinción, con la diferencia que, el aviso podrá darse, en el caso de daños aparentes, el día laborable siguiente al recibo de las mercancías; y en el caso de daños no aparentes, dentro de los 15 días consecutivos siguientes. La **Ley de**

---

<sup>35</sup> Esta excepción obedece al principio de derecho internacional público sobre **causas de presa**, que entiende como tal la captura de buques o aeronaves, en circunstancias de conflictos bélicos en los cuales sea parte beligerante el Estado que efectúa la presa. En ejercicio del derecho de presa, las Fuerzas Armadas de un Estado podrán capturar, en sus aguas interiores, jurisdiccionales o en alta mar:

- a) Bienes que sean propiedad del enemigo.
- b) Bienes que sean propiedad de neutrales, usados o transportados en violación de las obligaciones establecidas por el derecho internacional para los Estados neutrales.

**Comercio Marítimo** acoge el criterio de La Haya/Visby/SDR, con la única diferencia que, en el caso de daños aparentes, el aviso puede darse a más tardar, en el día laborable siguiente a la fecha en que las mercancías **hayan sido puestas en poder del consignatario**.

En **La Haya/Visby/SDR**, en el evento de que el estado de las mercancías haya sido comprobado por inspección (*survey*) en el momento de la entrega de las mercancías, la reserva por escrito no producirá efecto alguno. En **Hamburgo** y la **Ley de Comercio Marítimo**, solo se indica que la notificación escrita es innecesaria en caso de efectuarse una inspección de manera conjunta. Los tres instrumentos coinciden en la obligación de las partes en el sentido de *proporcionarse las facilidades del caso, a los fines de la inspección de la mercancía*. Coinciden igualmente en establecer que la recepción de las mercancías por parte del consignatario, sin que se produzca la notificación o la inspección previstas en sus disposiciones, establecerá la presunción *iuris tantum* de que las mercancías han sido entregadas en las condiciones establecidas en el documento de transporte.

En lo que se refiere al aviso por escrito en el caso de las acciones derivadas de perjuicios causados por retraso en la entrega de las mercancías, hemos señalado que LA HAYA/VISBY/SDR ignora totalmente esta figura. Hamburgo y la Ley de Comercio Marítimo establecen al respecto:

HAMBURGO	LEY DE COMERCIO MARÍTIMO
<p><b>Artículo 19</b>  <i>5. No se pagará ninguna indemnización por los perjuicios resultantes del retraso en la entrega, a menos que se haya dado aviso por escrito al porteador dentro de un plazo de 60 días consecutivos contados desde la fecha en que las mercancías hayan sido puestas en poder del consignatario.</i></p>	<p><b>Artículo 251.</b>  <i>El porteador indemnizará al consignatario por los perjuicios causados por retraso en la entrega de la mercancía, siempre que éste dé aviso por escrito de dichos perjuicios, dentro de los noventa (90) días consecutivos contados desde la fecha en que la mercancía haya sido puesta en su poder.</i></p>

Las disposiciones transcritas se explican por si mismas y el único comentario que cabe formular es el relativo a la diferencia de lapsos para la interposición del aviso: sesenta días en Hamburgo y noventa días en la Ley de Comercio Marítimo.

## PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

La Ley de Comercio Marítimo, al igual que la Haya/Visby/SDR establecen la prescripción de un año "... *contado a partir de la fecha en que el porteador haya entregado*

*la mercancía al consignatario, o en la fecha en la cual han debido ser entregadas...".* Hamburgo, por su parte, establece el plazo de dos años.

El plazo de un año puede ser prorrogado por un acuerdo celebrado entre las partes con posterioridad al hecho que da lugar a la reclamación.

Las acciones recursorias de indemnización podrán ejercerse, aun después de la expiración del plazo de un año, si se ejercen dentro del plazo determinado por la ley del Tribunal que entiende en la causa. En todo caso, este plazo adicional no podrá ser menor de tres meses, contados a partir del día en que la persona que ejerce la acción recursoria ha satisfecho la reclamación o ha sido notificada de la acción seguida contra ella. Por lo general, las acciones recursorias tienen lugar cuando los aseguradores de las mercancías pagan a su asegurado la indemnización correspondiente, subrogándose así, de pleno derecho, en las acciones en contra del causante del daño; en este caso, el porteador. Tenemos entonces que en el caso de las acciones recursorias, el asegurador cuenta con un lapso de tres meses contados a partir de la fecha en que pague al asegurado la indemnización que corresponda o se le notifique de que ha sido entablada una acción en su contra.

### **CÓMPUTO DEL LAPSO DE PRESCRIPCIÓN**

Los tres instrumentos coinciden en determinar que, el lapso de prescripción comienza a contarse "*... a partir de la fecha en que el porteador haya entregado la mercancía al consignatario, o en la fecha en la cual han debido ser entregadas...".*

## **DOCUMENTACIÓN DEL TRANSPORTE MARÍTIMO**

El documento tradicional del transporte marítimo es el conocimiento de embarque; es, hasta ahora el más utilizado. La Haya/Visby/SDR no definen el conocimiento de embarque, mientras los otros instrumentos bajo análisis establecen al respecto:

<b>HAMBURGO</b>	<b>LEY DE COMERCIO MARÍTIMO</b>
<p><b>Artículo 1</b>  <i>7. Por "conocimiento de embarque" se entiende un documento que hace prueba de un contrato de transporte marítimo y acredita que el porteador ha tomado a su cargo o ha cargado las mercancías, y en virtud del cual éste se compromete a entregarlas contra la presentación del documento. Constituye tal compromiso la disposición incluida en el documento según la cual las mercancías han de entregarse a la orden</i></p>	<p><b>Artículo 197</b>  <i>7. Conocimiento de embarque: documento que hace prueba de un contrato de transporte por agua o aquel que lo reemplace y acredita que el porteador ha tomado a su cargo las mercancías, y en virtud del cual éste se compromete a entregarlas contra la presentación del documento correspondiente y según el cual las mercancías han de entregarse a una persona determinada, a la orden o al portador.</i></p>

<i>de una persona determinada, a la orden o al portador.</i>	
--	--

Las definiciones *supra* señaladas omiten algunas de las características esenciales del instrumento. Propongo entonces la siguiente: **El conocimiento de embarque es el instrumento negociable que acredita la propiedad de las mercancías transportadas en un buque; constituye evidencia de la existencia y contenido del contrato de transporte por agua y del recibo de las mercancías por parte del transportador, en las condiciones cualitativas y cuantitativas que el documento expresa; y sirve de instrumento esencial para el comercio internacional**".

Tradicionalmente, se han atribuido tres funciones al conocimiento de embarque: a) como título de propiedad; b) como evidencia del contrato de transporte marítimo en él contenido; y, c) como recibo de las mercancías; sin embargo, además de las tres funciones clásicas, el conocimiento de embarque constituye el instrumento esencial para las relaciones comerciales internacionales; esta característica deviene, tanto del punto de vista aduanero como del financiero.

## **EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE COMO TÍTULO DE PROPIEDAD**

El conocimiento de embarque es el título representativo de las mercancías; al respecto apunta Ripert que teniendo la posesión el valor de título, el propietario que no es poseedor se encuentra en la situación de un acreedor y que, hay que encontrar un medio para entregar la posesión al adquirente. Sostiene igualmente<sup>36</sup>:

*: "... Hay que encontrar un medio para entregar la posesión al adquirente. El derecho marítimo ha hecho del conocimiento un título representativo de las mercancías. Mientras el derecho terrestre llegó solamente mucho más tarde a esta concepción... el derecho marítimo sostiene desde hace mucho tiempo que el **conocimiento representa las mercancías** que son detentadas por el capitán. El capitán las detenta no por cuenta del remitente (cargador) que se las envió sino por cuenta del poseedor del conocimiento que tiene el derecho de reclamárselas. De manera que **basta transmitir el conocimiento para transmitir no solamente la propiedad, sino también la posesión de la mercancía**, ya que el capitán sólo*

---

<sup>36</sup> **RIPERT**, Georges

Compendio de Derecho Marítimo. Traducción de Pedro J. San Martín.  
Tipográfica Editora Argentina Buenos Aires, 1954. Pag. 245

*es un simple detentor (sic), o según la expresión alemana ‘el servidor de la posesión ajena’...” (Resaltado del autor).*

En los contratos de transporte de mercancías por mar, evidenciados por un conocimiento de embarque, constituye obligación del porteador la entrega de las mercancías al “tenedor legítimo” del conocimiento de embarque, que puede ser el consignatario o un endosatario. Pero no basta por sí misma la condición de consignatario, sino que es necesario acreditarla mediante la presentación del original o copia negociable del instrumento bajo análisis, por cuanto el documento pudo ser endosado a un tercero.

### **EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE COMO EVIDENCIA DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO.**

La doctrina es unánime en señalar que el conocimiento de embarque constituye la evidencia del contrato existente entre el porteador y el cargador, para el transporte de mercancías por mar; no el contrato en sí mismo.

*Es un “... memorando de las condiciones y modalidades del contrato de transporte que, en realidad, habrá sido casi invariablemente celebrado mucho antes de la firma del documento... no se considera como el contrato propiamente dicho, sino como documento probatorio de sus condiciones, tras haber sido aceptado por el cargador. El verdadero contrato suele celebrarse cuando se reserva espacio en el buque, antes de que el porteador firme el conocimiento, y sus condiciones deben deducirse de los anuncios de salidas de buques del porteador y de los arreglos que se hayan hecho antes del embarque de las mercancías...”*<sup>37</sup>

La más reciente jurisprudencia al respecto indica que el contrato de transporte marítimo puede ser incluso verbal, constituyendo entonces el conocimiento, simplemente la evidencia de ese contrato verbal; así, la Alta Corte de Justicia de Singapur, en sentencia proferida en abril de 2002 (Singapore High Court. April 2002. Rapiscan v. Global Container) decidió sobre la Incorporación de los términos y condiciones del conocimiento de embarque, emitido sólo después de la celebración del contrato de transporte<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Conocimientos de Embarque. Informe de la Secretaría de la UNCTAD. TD/B/C.4/ISL/6/Rev.1. Nueva York, 1971. Pag. 5

<sup>38</sup> En página web de David Martin Clark: <http://www.onlinedmc.co.uk>. Traducción libre del autor.

## EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE COMO RECIBO DE LAS MERCANCÍAS

La Ley de Comercio Marítimo establece, respecto del 'recibo del piloto' que "... Son obligaciones del Capitán, además de lo contemplado en la ley: 1. Otorgar recibos parciales de las mercancías que se embarquen, **extendiendo en su oportunidad**, los conocimientos de embarque y documentos respectivos. 2. Practicar las anotaciones correspondientes en los **recibos** y conocimientos de embarque, de las averías, mermas o daños que observare en la carga o que se produzcan por su acondicionamiento..."<sup>39</sup>.

La expresión, **extendiendo en su oportunidad**, luce contradictoria con la disposición según la cual el porteador o el porteador efectivo está obligado a emitir un conocimiento de **embarque en el momento mismo en que se haga cargo de las mercancías**,<sup>40</sup> ese momento marca el inicio del período de responsabilidad del porteador por las mercancías, y se considera originado cuando éste las haya tomado a su cargo al recibirlas del cargador o de la persona que actúe en su nombre, o de una autoridad que haya emitido un documento a tal efecto<sup>41</sup>.

En otros tiempos la emisión del conocimiento de embarque, tal como su denominación lo indica, era coincidente con el embarque de las mercancías; sin embargo, en la actualidad, debido principalmente a los aspectos financieros de la compraventa internacional, es frecuente que se emita en primer lugar un conocimiento 'para su embarque'; el porteador, "... una vez embarcadas las mercancías, estampará en el conocimiento de embarque la correspondiente nota, indicando que las mismas se encuentran a bordo del buque y la fecha en que se haya efectuado la carga"<sup>42</sup>...

Se establece la presunción *iuris tantum* de que el porteador ha tomado a su cargo las mercancías, tal como aparecen descritas en el conocimiento de embarque. Esto es lo que se denomina 'conocimiento de embarque limpio' (*clean bill of lading*). No se admitirá la prueba en contrario, si el conocimiento ha sido transferido a un tercero, incluido el consignatario de buena fe, basándose en la descripción de las mercancías que figuraban en ese conocimiento.

---

<sup>39</sup> Ley de Comercio Marítimo. Art. 19

<sup>40</sup> Ibid. Art.232

<sup>41</sup> Ibid. Arts. 202 y 203

<sup>42</sup> Ibid. Art. 235

## EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DEL COMERCIO INTERNACIONAL

### DISPOSICIONES ADUANERAS

En lo que se refiere a la aduana, el manifiesto es una relación de los conocimientos de embarque, indispensable para la nacionalización de las mercancías de importación. La aduana sólo entregará las mercancías, una vez nacionalizadas, al tenedor legítimo del conocimiento de embarque o su agente; en caso de imposibilitarse su presentación, deberá constituirse fianza suficiente a satisfacción de la administración aduanera.

La obligación de entrega a cargo del porteador, le compelería a entregar las mercaderías sólo al consignatario o a la persona que éste designe y, aún en este caso, solamente contra la presentación de un conocimiento de embarque. Pero ello es así únicamente en ausencia de leyes o reglamentos nacionales que establezcan, en forma imperativa, una forma distinta de entrega; al respecto Tetley nos indica que: "... Una entrega apropiada, además de la entrega al consignatario, puede consistir en la entrega a personas señaladas por la Ley y el uso del puerto, para quienes se establece el deber de recibir la carga y distribuirla al consignatario..."<sup>43</sup>

En el mismo sentido, Schoenbaum nos indica: "...La obligación de efectuar una entrega apropiada puede ser afectada por leyes, reglamentos o costumbres locales de un puerto. En algunos puertos, la legislación prevé que existe una entrega 'apropiada' cuando se efectúa una inspección cuidadosa de la condición externa de la carga, y ello modifica las obligaciones del porteador conforme a la Harter Act. Un buque puede ser obligado por Ley o costumbre a entregar la carga a estibadores nombrados por el gobierno; ello constituye, igualmente, entrega 'apropiada' conforme a la Harter Act..."<sup>44</sup>

Como vemos, la opinión generalizada de la más autorizada doctrina internacional es concluyente: el porteador cumple cabalmente su obligación, no sólo cuando entrega las mercancías al consignatario designado en el conocimiento de embarque mediante la presentación de éste en original, sino que cumple igualmente en forma cabal, al entregarlas a la autoridad que la ley disponga. En Venezuela, todo lo atinente al asunto bajo análisis en lo que se refiere al comercio internacional, está contemplado en la Ley

---

<sup>43</sup> TETLEY, William. Ob. Citada. Pag. 571

<sup>44</sup> SCHOENBAUM, Thomas J. Ob. Citada. Pag. 321

Orgánica de Aduanas (artículos 22, 23, 25, 30, 32 y 33), y su Reglamento (artículos 100, 102 y 103).

## CONTENIDO DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

En La Haya/Visby/SDR, al igual que en Hamburgo y algunas legislaciones nacionales se establece que el porteador emitirá el conocimiento de embarque “**a pedido del cargador**”. Este aspecto de exigibilidad ha quedado resuelto en la legislación venezolana, según la cual el porteador **deberá** emitir un conocimiento de embarque al cargador al hacerse cargo de las mercancías.

El conocimiento de embarque debe ser firmado por el porteador, por una persona autorizada al efecto por él o por el Capitán del buque que transporte las mercancías. La firma no requiere ser manuscrita pues podrá efectuarse, igualmente, en forma mecánica o electrónica.<sup>45</sup>

En el conocimiento de embarque deberán constar, entre otros, los datos siguientes:

1. La naturaleza general de las mercancías, las marcas y distintivos necesarias para su identificación, de ser procedente una declaración expresa sobre su carácter peligroso, el número de bultos o de piezas y el peso de las mercancías o su cantidad expresada de otro modo; datos que se harán constar tal como los haya proporcionado el cargador.
2. El estado aparente de las mercancías.
3. Nombre y el establecimiento principal del porteador.
4. Nombre del cargador.
5. Nombre del consignatario, si ha sido suministrado por el cargador.
6. El puerto de carga y la fecha en que el porteador se ha hecho cargo de las mercancías en ese puerto.
7. El puerto de descarga.
8. Número de originales del conocimiento de embarque.
9. Lugar de emisión del conocimiento de embarque.
10. Firma del porteador o de la persona que actúe en su nombre.
11. Valor del flete.
12. Fecha o plazo convenido expresamente por las partes.

13. Todo límite o límites superiores de responsabilidad que hayan pactado las partes, de conformidad con este Decreto Ley.”<sup>46</sup>

### CONOCIMIENTO DE EMBARQUE LIMPIO

Siendo el Conocimiento de Embarque el instrumento fundamental del comercio marítimo internacional, debe por sí mismo inspirar confianza y estar investido de una dignidad y seguridad intrínsecas. Es por ello que en las Reglas de La Haya se establece la presunción *iuris tantum* sobre la veracidad de su contenido. El Protocolo de Enmienda de 1968 (Visby), convierte esta presunción en *iuris et de iure* para el caso en que el conocimiento haya sido transferido por endoso o cesión a un tercero de buena fe. En Venezuela, la Ley de Comercio Marítimo acogió, en su artículo 239, al igual que Hamburgo (16.3), este criterio establecido en La Haya/Visby/SDR:

Se considera que un conocimiento de embarque es **limpio**, cuando en su anverso no se formulan observaciones, cualitativas o cuantitativas, respecto de las mercancías que se declara recibir. El efecto de la emisión de un conocimiento de embarque limpio consiste en establecer la presunción, a favor del cargador, que las mercancías han sido recibidas por el porteador en el mismo estado que el conocimiento de embarque indica; esta circunstancia determina que, el porteador deberá probar que el daño se produjo como consecuencia de una causa que exonere su responsabilidad; si no lo hiciera deberá indemnizar al cargador por la pérdida o daño sufridos por las mercancías.

Bajo el régimen de La Haya, sin las enmiendas resultantes de los protocolos, el porteador puede, en todo caso, presentar prueba en contrario. El protocolo de Visby agregó al texto del párrafo 4 del artículo 3º la expresión según la cual no se admitirá la prueba en contrario cuando el conocimiento ha sido transferido a un tercero tenedor de buena fe. Esta disposición absolutamente lógica y concordante con la significación del instrumento, fue acogida tanto en Hamburgo como en la Ley de Comercio Marítimo

---

<sup>45</sup> Ley de Comercio Marítimo. Art. 233

<sup>46</sup> Ibid. Art. 234. Las disposiciones sobre contenido del conocimiento de embarque son sustancialmente idénticas en La Haya/Visby/SDR (3.3) y Hamburgo (15 y 16). Debe además tomarse en cuenta que conforme al artículo 236 *eiusdem*: “La omisión en el conocimiento de embarque de uno o varios de los datos enunciados, no afectará la naturaleza jurídica del documento como conocimiento de embarque.”

## **CONOCIMIENTO DE EMBARQUE DIRECTO (THROUGH BILL OF LADING)**

### **EN EL SISTEMA LA HAYA/VISBY**

El período de responsabilidad del transportador, conforme al sistema La Haya/Visby/SDR, está limitado al tiempo de permanencia de las mercancías a bordo del buque. El conocimiento de embarque directo o *through bill of lading* constituye una importante excepción a este principio. Hasta la primera mitad del siglo XX, el conocimiento de embarque directo regulaba el contrato de transporte marítimo en dos supuestos<sup>47</sup>:

- a) Cuando entre el puerto de salida y el puerto de destino se efectúa un tipo de transporte distinto al marítimo; por ejemplo, antes de la existencia del Canal de Panamá, un cargamento embarcado desde un puerto europeo hasta un puerto japonés, era descargado en un puerto centroamericano situado en el Caribe, de allí transportado por ferrocarril a un puerto centroamericano del Océano Pacífico, para desde allí, ser transportado al puerto de destino; aun después de la construcción del canal, por razones económicas, se descargaban las mercancías en un puerto Atlántico de Panamá, se transportaban por vía férrea o carretera hasta un puerto del Pacífico para de allí ser embarcados hacia el puerto de destino.
- b) En los casos de transbordo.

El primer supuesto ha caído en desuso en la práctica como consecuencia del desarrollo material y legislativo del transporte combinado o multimodal; en consecuencia, nos referiremos al conocimiento de embarque directo en casos de transbordo.

### **EN REGLAS DE HAMBURGO Y LEY DE COMERCIO MARÍTIMO.**

En las Reglas de Hamburgo y la Ley de Comercio Marítimo, todo conocimiento de embarque es directo en virtud de la circunstancia que, en ambos instrumentos, el período de responsabilidad del porteador comprende el lapso entre la recepción de las mercancías por éste, en el puerto de embarque, hasta su entrega al consignatario o una autoridad cuando así lo disponga la ley del puerto de descarga<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Al respecto apunta Scrutton, Ob. Citada, pág. 371: “La multiplicidad de tipos de conocimiento de embarque directo dificulta la elaboración de reglas firmes que gobiernen las relaciones y el régimen de responsabilidad de las distintas Partes intervinientes...”

<sup>48</sup> Reglas de Hamburgo, art. 4.-Ley de Comercio Marítimo, arts. 202 y 203

## CLÁUSULAS USUALES EN CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE

### CLÁUSULA PARAMOUNT (GENERAL CLAUSE PARAMOUNT)

La cláusula Paramount constituye la norma general sobre la legislación aplicable en materia de transporte marítimo de mercancías. La Cláusula Paramount del Conocimiento de Embarque tipo de la BIMCO, establece:

#### **Incorporación contractual de las Reglas**

- 1) La legislación aplicable está constituida por la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque firmada en Bruselas el 24 de agosto de 1924 ("Reglas de La Haya"), con las enmiendas resultantes del Protocolo firmado en Bruselas el 23 de febrero de 1968 ("**Reglas La Haya/Visby**"). En tal caso, el Protocolo SDR 1979<sup>49</sup>, será igualmente aplicable.

#### **Incorporación legal de las Reglas**

- 2) En la eventualidad que, las Reglas La Haya/Visby no estén vigentes en el país de embarque, resultará aplicable la correspondiente legislación del país de destino.
- 3) Aun cuando las Reglas La Haya/Visby no estén vigentes, ni en el país de embarque ni en el de destino, resultarán aplicables; salvo que en el país de embarque o en el país de destino estén vigentes las Reglas de La Haya, en cuyo caso, se aplicarán éstas en su forma original, sin las modificaciones resultantes del Protocolo de Visby y las del SDR. Éste fue el caso venezolano antes de la promulgación de la nueva legislación marítima<sup>50</sup>.

Con relación a esta cláusula, la posición venezolana ha cambiado drásticamente desde la promulgación de la nueva legislación marítima; hasta ese momento, resultaba plenamente aplicable lo señalado en el cardinal 3 que antecede; pero en la actualidad, "**las disposiciones relativas al transporte de mercancías y de pasajeros por agua,**

---

<sup>49</sup> El Protocolo SDR (por las siglas inglesas Special Draw Right: Derecho Especial de Giro) enmienda las Reglas La Haya/Visby en lo referente a la unidad de cuenta que se utiliza a los efectos de indemnizaciones y limitación de responsabilidad.

<sup>50</sup> Venezuela no es Estado Parte en ninguna de las convenciones internacionales; en consecuencia, resultaban aplicables las Reglas que estableciera la Cláusula Paramount.

**son de carácter imperativo, salvo que la ley disponga lo contrario<sup>51</sup>...**"; tales disposiciones resultan aplicables, además del caso de sumisión expresa cuando, el puerto de carga o de descarga, o uno de los puertos facultativos de descarga sea el puerto efectivo de descarga y estén situados dentro del espacio acuático nacional<sup>52</sup>, con independencia de la nacionalidad del buque, del porteador, del porteador efectivo, del cargador, del consignatario o de cualquier otra persona interesada<sup>53</sup>. Adicionalmente, "... cuando se emita un conocimiento de embarque o cualquier otro documento que haga prueba del contrato de transporte de mercancías por agua, deberá incluirse una declaración estableciendo que el transporte está sujeto a las disposiciones de la Ley de Comercio Marítimo y que **será nula toda estipulación en contrario, en perjuicio del cargador o del consignatario**..."<sup>54</sup>.

## CLÁUSULA DE JURISDICCIÓN

En todo conocimiento de embarque se halla inserta una cláusula según la cual, las disputas que se originen en virtud del contrato de transporte serán dirimidas en una determinada jurisdicción que, generalmente, resulta ser la del domicilio del armador, con independencia de que éste sea al mismo tiempo el porteador. Esta sumisión expresa ha originado serios problemas derivados del silencio que al respecto, observamos en La Haya/Visby/SDR. Con anterioridad a la vigencia de la nueva legislación marítima venezolana, fueron numerosos los casos de regulación de jurisdicción planteados en los tribunales venezolanos, los cuales, durante largo tiempo afirmaron la procedencia de esta cláusula. Desde el año 1996, se produjeron decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante las cuales, con fundamento en diversos criterios, en mi concepto erróneos, se negó validez a la cláusula *in comento*; finalmente la misma Sala resolvió el punto, fundamentándose en una motivación lógica y jurídica derivada de la naturaleza de contrato de adhesión del conocimiento de embarque.

La nueva legislación marítima venezolana, al igual que Hamburgo pone fin a cualquier interpretación sobre el punto; en efecto: la inderogabilidad de la jurisdicción está referida, exclusivamente, al caso de las mercancías de importación, es decir, aquellas que

---

<sup>51</sup> Ley de Comercio Marítimo. Art. 149

<sup>52</sup> Ibid. Art. 198

<sup>53</sup> Ibid. Art. 199

<sup>54</sup> Ibid. Art. 244

ingresan al territorio venezolano. En el caso de exportación de mercancías, en virtud de la concordancia entre la norma transcrita y el artículo 47 de La Ley de Derecho Internacional Privado resultará plenamente aplicable, por argumento a contrario, la cláusula de jurisdicción. Por su parte, Hamburgo establece varios foros opcionales, siempre electivos por el demandante.

### **CLÁUSULA DE ABORDAJE POR CONCURRENCIA DE CULPA (BOTH-TO-BLAME COLLISION CLAUSE)**

El error en la navegación<sup>55</sup> (falta náutica) constituye una causal de exención de responsabilidad del porteador; en consecuencia, un cargador no puede reclamar al porteador, los daños sufridos por la carga como consecuencia de un abordaje en el que medie culpa del buque a bordo del cual se encuentran sus mercancías (buque transportador). Sin embargo, en el caso de abordaje por concurrencia de culpa, el cargador pudiere reclamar indemnización al otro buque (buque no transportador) y obtenerla en su totalidad; en tal caso, como consecuencia de la aplicación del principio de la proporcionalidad de las respectivas culpas –de aplicación universal- el buque no transportador que indemnizó al cargador, tendría derecho a reclamar en acción de regreso, al buque transportador, la parte que proporcionalmente le corresponde a éste, con respecto a la indemnización.

Como puede apreciarse, en las circunstancias descritas en el párrafo anterior, se atribuye, en forma indirecta, responsabilidad al buque transportador aun cuando, conforme a las Reglas La Haya-Visby y la ley venezolana, la falta náutica le exime de esa responsabilidad. Como consecuencia de lo expresado, los porteadores insertan en los

---

<sup>55</sup> La Haya/Visby/SDR, art. 4.2.a. Ley de Comercio Marítimo, art. 206.1

<sup>56</sup> La inserción de tal cláusula es consistente con la disposición del artículo 4 de la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje, 1910, la cual, al consagrar el principio de la proporcionalidad de las culpas establece:

**“ARTICULO 4**

Si existe falta común, la responsabilidad de cada uno de los buques será proporcional a la gravedad de las faltas que, respectivamente, hayan cometido. Esto no obstante, si en vista de las circunstancias no se puede establecer la proporción, si las faltas aparecen como equivalentes, la responsabilidad se compartirá por partes iguales.

**Los daños causados, ya sea a los buques, ya a sus cargamentos, ya a los efectos u otros bienes de las dotaciones, de los pasajeros o de otras personas que se encuentren a bordo serán soportados por los buques culpables en la proporción ya dicha, sin solidaridad con respecto a terceros.”**

**ESTA DISPOSICIÓN ES IDÉNTICA A LA CONTENIDA EN LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO (ART. 322)**

conocimientos de embarque la cláusula de abordaje por concurrencia de culpa (both to blame collision clause)<sup>56</sup>.

En los Estados Unidos de América se aplicó el principio de la atribución de responsabilidad a partes iguales hasta que, en el caso “Reliable Transfer”, en ponencia del Magistrado J. STEWART, la Corte Suprema por unanimidad estableció:

*Sostenemos que, cuando dos o más partes han contribuido con su culpa a causar daño a la propiedad en un abordaje, la responsabilidad por tales daños debe ser distribuida entre las partes proporcionalmente al grado comparativo de su culpa, y que la responsabilidad será atribuida en partes iguales únicamente cuando la culpa de las partes sea igual o cuando no sea razonablemente posible medir el grado comparativo de sus respectivas faltas.*<sup>57</sup>

Es de hacer notar que, la misma Corte, antes de la decisión del “Reliable Transfer”, en el año 1952, ya había declarado inválida esta cláusula por cuanto, “... *intenta estipular inmunidad ante las consecuencias de la negligencia del transportador...*”.<sup>58</sup>

A partir de este fallo, los tribunales marítimos norteamericanos (District Courts) han mantenido “... el principio de la obligación de indemnizar, para el buque no transportador, los daños sufridos por las mercancías a bordo del buque transportador, en los casos Gulfcoast Transit Co. v. M.T. Anco Princess y Florida E. Coast v. Revilo & Co...”. Cabe destacar que Estados Unidos no es Parte en la Convención sobre Abordajes, 1910.

## **CLÁUSULA HIMALAYA (HIMALAYA CLAUSE)**

Es una cláusula contenida en el conocimiento de embarque, cuyo efecto es la extensión, a personas distintas al porteador, de las defensas y limitación de responsabilidad de las cuales dispone el porteador. Bajo el epígrafe “La Cláusula Himalaya – Herejía o Genialidad”, Tetley<sup>59</sup> dedica todo un capítulo al estudio de esta

---

<sup>57</sup> U.S. Supreme Court. United States V. Reliable Transfer Co., 421 U.S. 397 (1975) No. 74-363. Mediante esta Decisión, del 19 de mayo de 1975, la Corte Suprema de los Estados Unidos cambió la doctrina establecida en 1855 -en el caso *The Schooner Catharine v. Dickinson*, 17 How. 170- según la cual en el caso de abordaje por concurrencia de culpa, los daños serían resarcidos a partes iguales, por la del reparto proporcional al grado de las respectivas culpas.

<sup>58</sup> U.S. Supreme Court. Caso *United States v. Atlantic Mutual Ins. Co.* (1952)

<sup>59</sup> **TETLEY**, William. *Ob. Citada*, capítulo 36, pags. 757 a 779

controversial cláusula, comenzando por preguntarse *¿Puede una persona beneficiarse de los términos de un contrato en el cual no es parte? O más específicamente ¿puede una compañía de estibadores o una operadora de terminal beneficiarse de los términos de un conocimiento de embarque del cual no es parte?*

La cláusula tiene su origen en el litigio entablado por una pasajera, en contra del Capitán del buque "Himalaya". En este caso, el contrato de pasaje contenía una cláusula que exoneraba de responsabilidad al porteador, y ante la imposibilidad de intentar la acción contra éste, fue intentada en contra del Capitán y el contra maestre. **El Tribunal determinó que en el contrato de pasaje, al igual que en el transporte de mercancías, la ley permite al porteador estipular, no sólo por sí mismo sino también en nombre de aquellos, cuyos servicios utiliza para llevar a cabo el contrato y que, esa estipulación puede ser explícita o implícita;** sin embargo, en el caso concreto, el Tribunal decidió que el contrato de pasaje no contenía cláusula explícita o implícita, en beneficio de los dependientes o agentes del porteador y, en consecuencia, el Capitán fue declarado responsable por hecho ilícito. A partir de esa decisión (Año 1954), los porteadores comenzaron a incorporar en sus conocimientos de embarque una cláusula que hace extensivos a estibadores, operadores de terminales y otros prestadores de servicios similares, los beneficios derivados de la limitación y exoneración de responsabilidad que establecen las leyes nacionales y convenciones internacionales a favor del porteador.

Coincido plenamente con Tetley<sup>60</sup> en la debilidad intrínseca de esta cláusula por cuanto, de conformidad con las Reglas La Haya/Visby/SDR, el período de responsabilidad del porteador comprende sólo el lapso en el cual las mercancías se encuentran a bordo del buque<sup>61</sup>; es decir, la responsabilidad del *porteador (tackle to tackle)* comienza cuando el aparejo de carga del buque engancha las mercancías en el muelle para su carga, y

---

<sup>60</sup> Ibid. Pag. 763. Tetley refiere sus comentarios exclusivamente a La Haya/Visby/SDR; como veremos, la situación en Hamburgo y la Ley de Comercio Marítimo es distinta.

<sup>61</sup> En la práctica, el contenido de esta cláusula se traduce en que, el porteador en virtud de un contrato de adhesión, extiende a personas que no son parte en el contrato, sus causales de exención y limitación de responsabilidad, aun cuando, de conformidad con La Haya Visby/SDR, tal responsabilidad es inexistente por aplicación de la Regla 1.e en el caso de pérdida o daño a las mercancías antes de la carga y después de la descarga; en otras palabras, extiende una certificación de impunidad a terceros ajenos al contrato, por daños que puedan producirse en circunstancias distintas a la causa por la cual se conceden al porteador las exenciones y limitaciones de responsabilidad.

finaliza cuando, en el puerto de descarga el aparejo de carga se desprende de las mercancías. Sin embargo, a pesar de esta debilidad intrínseca, la Cláusula Himalaya es mayoritariamente aceptada en el ámbito internacional.

Hamburgo y la Ley de Comercio Marítimo, han incorporado una disposición al efecto, extendiendo el beneficio de limitación y exoneración a los empleados o agentes del porteador. En este caso, la extensión del beneficio es lógica por cuanto en estos instrumentos el período de responsabilidad es más amplio que el establecido en La Haya/Visby/SDR<sup>62</sup>.

### **CLÁUSULA DE FACULTADES (o VIAJE). LIBERTIES (or VOYAGE) CLAUSE**

*Libre de zarpar sin pilotos; para proceder vía cualquier ruta; para proceder a, retornar a y permanecer en cualquier puerto o puertos (incluyendo el puerto de carga), en cualquier orden, en o fuera de la ruta o en una dirección contraria a, o más allá del puerto de destino, por una vez o más a menudo, para cargar combustible o mercancías; para embarcar o desembarcar pasajeros, tanto en conexión con el presente, anterior o subsiguiente viaje o cualesquiera otros propósitos, antes de efectuar la entrega del cargamento aquí mencionado, en el puerto de descarga aquí designado; y con libertades similares a las antes mencionadas para zarpar de y luego regresar a, tal puerto; para remolcar o ser remolcado; para hacer viajes de prueba con o sin aviso previo; para ajustar compases, o efectuar reparaciones o entrar a dique-seco con o sin cargamento a bordo. El ejercicio de cualquier libertad conforme a esta cláusula formará parte del viaje por mar acordado.*

Esta cláusula resulta totalmente inaplicable en virtud de las disposiciones correlativas de cualquiera de los tres instrumentos que he venido analizando, los cuales configuran lo que se denomina ‘desviación’; así tenemos:

### **DESVIACIÓN**

Los tres instrumentos bajo análisis coinciden en exonerar de responsabilidad al porteador, en caso que la pérdida o el daño a las mercancías, sobrevengan como consecuencia de una desviación realizada con el objeto de salvar vidas o bienes en el mar.

---

<sup>62</sup> Reglas La Haya/Visby/SDR. Art. 1.e

Conforme al Parágrafo 4 del Artículo 4 de La Haya, no modificado por Visby, ninguna desviación para salvar o tratar de salvar vidas o bienes en el mar, ni ninguna desviación **razonable** serán consideradas como una infracción a esta convención o al contrato de transporte, y el porteador no será responsable de ninguna pérdida o daño que resulte de ello. En el mismo sentido se pronuncia Hamburgo en su artículo 5; sin embargo establece diferencia entre el caso que se trate de salvar vidas (**medidas adoptadas para el salvamento de vidas humanas**) y el caso que el salvamento se refiera a bienes (**medidas razonables adoptadas para el salvamento de mercancías en el mar**).

Por argumento a contrario debemos interpretar la norma en el sentido que, cuando la desviación no sea razonable, el transportador será responsable de todos los gastos y daños que se originen.

Mientras La Haya/Visby/SDR y Hamburgo se limitan a fundamentar la exoneración en la ‘adopción de ‘medidas razonables’, la Ley de Comercio Marítimo, establece *prima facie*, que la desviación realizada con el objeto de cargar o descargar mercancías o pasajeros será considerado como “innecesario” y, en consecuencia, el porteador será considerado responsable por los daños o pérdidas resultantes. La redacción del artículo 208 *eiusdem* se inspira en el Carriage of Goods by Sea Act, 1936 (COGSA) que establece<sup>63</sup>

“Ninguna desviación para salvar o tratar de salvar vidas o bienes en el mar, ni ninguna desviación razonable serán consideradas como una infracción a esta sección o al contrato de transporte, y el transportador no será responsable de ninguna pérdida o daño que resulte de ello. **Sin embargo, si la desviación es realizada con el propósito de cargar o descargar mercancías o pasajeros, tal hecho será considerado, salvo prueba en contrario, como irrazonable**”.

La frase complementaria resaltada, elimina la discrecionalidad del Juez o Árbitro en lo que se refiere a la interpretación de lo que debe considerarse como “desviación razonable”.

## CONOCIMIENTO DE EMBARQUE NOMINATIVO

El conocimiento de embarque ordinario, es decir, al que me he venido refiriendo, es un conocimiento de embarque “a la orden”, un documento de título, y como tal, es

---

<sup>63</sup> Carriage of Goods by Sea Act, 1936. Sección 4, parágrafo 4.

transferible por endoso o cesión; en otras palabras, constituye un instrumento negociable.

En cambio, el conocimiento de embarque **nominativo**, carece de negociabilidad y, en consecuencia, el porteador que ha emitido un conocimiento nominativo, normalmente se libera de su obligación al efectuar la entrega de las mercancías al consignatario designado en el instrumento, sin que tal consignatario necesite hacer entrega del conocimiento; sin embargo, es prudente que el porteador solicite tal entrega o en su lugar, un finiquito del consignatario designado. Este criterio, imperante hasta hace poco, ha sido abandonado en la más reciente jurisprudencia como se evidencia *infra*, al establecer una clara diferenciación entre el conocimiento de embarque nominativo y la carta de porte marítimo.

## LA CARTA DE PORTE MARÍTIMO (SEA WAYBILL)

Schoenbaum y Tetley coinciden en atribuir a este instrumento la condición de novedoso en el campo del transporte marítimo de mercancías, y establecen su origen en el desarrollo del transporte multimodal y la creciente ‘containerización’. Difieren en cuanto que Tetley<sup>64</sup> sostiene que la carta de porte marítimo y el conocimiento de embarque nominativo son un mismo instrumento, mientras Schoenbaum trata ambos instrumentos bajo distintos epígrafes aun cuando, al definir el waybill le atribuye la misma característica del conocimiento de embarque nominativo<sup>65</sup>: “... *un contrato para el transporte de mercancías (incluidas carga y descarga), mediante el cual el porteador se obliga a entregar las mercancías al consignatario designado en el documento...*”.

Mi decisión de tratarlos como instrumentos diferentes obedece a una reciente y controversial sentencia emanada de la Alta Corte de Singapur<sup>66</sup>, donde se discutió si el porteador, en el caso concreto, tenía la obligación de entregar las mercancías solamente mediante la presentación del conocimiento de embarque original, aun cuando el conocimiento en cuestión era ‘no transferible’ (straight bill of lading). La Alta Corte

---

<sup>64</sup> **TETLEY**, William. Obra citada, pags. 232 y 941: “... en ocasiones el contrato es un recibo no negociable, denominado guía de carga marítima (Sea Waybill) y en los Estados Unidos conocimiento de embarque nominativo (Straight Bill of Lading).

<sup>65</sup> **SCHOENBAUM**, Thomas J. Obra citada, pag. 511

<sup>66</sup> Voss Peer v. APL Co PTE Limited. Singapore High Court: Judith Prakash J. [2002] 3 SLR 176: **23 April 2002**. En página web de David Martin Clark: <http://www.onlinedmc.co.uk>. DMC/SandT/29/02

determinó que si existía tal obligación a la vez que clarificó la diferencia entre conocimiento de embarque nominativo y carta de porte marítimo en los siguientes términos:

En el caso concreto, el porteador entregó las mercancías a una persona que dijo ser representante del consignatario y produjo copias de una factura y de un comprobante bancario que presuntamente demostraba el pago de las mercancías; sin embargo, el pago nunca fue recibido por el vendedor (cargador).

El porteador demandado adujo la analogía entre un conocimiento de embarque nominativo y una carta de porte marítimo y señaló que *“... ésta opera como recibo de las mercancías y evidencia del contrato de transporte, pero nunca como instrumento negociable... el receptor de las mercancías puede aceptar su entrega estableciendo, simplemente su identidad y no necesita producir el original de la carta de porte marítimo, y por cuanto, ésta no es un conocimiento de embarque, no está sujeta a las Reglas de La Haya o La Haya/Visby/SDR...”*

La Corte falló a favor del cargador determinando que existe un principio de derecho firmemente establecido según el cual: en un contrato de transporte marítimo de mercancías, la entrega de las mercancías es efectuada en el puerto de descarga por el porteador al consignatario, sólo mediante la presentación del conocimiento de embarque original. Tal principio está implícito en todo contrato de transporte marítimo de mercancía y numerosas fuentes pueden ser citadas en apoyo a esta aseveración por cuanto, ninguna de ellas hace diferencia en este concepto, entre el conocimiento de embarque a la orden y el nominativo.

En lo que se refiere a la analogía entre conocimiento de embarque nominativo y carta de porte marítimo, **la Corte determinó la inexistencia de precedente jurisprudencial o doctrinario convincente en cuanto a la determinación de que el conocimiento de embarque nominativo y la carta de porte marítimo sean el mismo instrumento.** A este respecto la Corte decidió que:

*“... el cargador que exige la emisión de un conocimiento de embarque nominativo en lugar de una carta de porte marítimo, lo hace porque quiere conservar algún grado de control en relación con la entrega de las mercancías; cuando el porteador emite un conocimiento de embarque, sea a la orden o nominativo, sólo debe entregar las mercancías mediante la presentación del conocimiento de embarque original...”.*

El porteador (APL) apeló la sentencia y, en fecha **3 de octubre de 2002**, la Corte de Apelaciones de Singapur<sup>67</sup> declaró sin lugar la apelación, confirmando así la decisión, en los siguientes términos:

1. Constituye jurisprudencia el hecho que, no se requiere que el consignatario presente al porteador **la carta de porte marítimo**, a los efectos de la entrega de las mercancías.
2. No existe jurisprudencia, y la doctrina no es unánime en cuanto a, equiparar al conocimiento de embarque nominativo con la carta de porte marítimo para determinar que el porteador está obligado a entregar las mercancías sólo mediante la presentación del conocimiento de embarque marítimo. El punto debe ser resuelto sobre la base del Derecho de los Contratos y la intención de las partes.
3. Si bien es cierto que: un conocimiento de embarque nominativo y una carta de porte marítimo guardan similitud (en cuanto a su no-negociabilidad), ello no significa que son el mismo instrumento por cuanto, a pesar que la característica de negociabilidad está ausente en un conocimiento de embarque nominativo, no hay razón para inferir que la intención de las partes fuese la de ignorar otra de las características esenciales del conocimiento de embarque: **exigibilidad de la presentación del instrumento para la entrega de las mercancías**. Si la intención fuese diferente, debe establecerse en palabras claras y precisas que las partes determinan que el instrumento será tratado, en todo respecto, como una carta de porte marítimo, y que no es necesaria su presentación por el consignatario en él designado. Si las partes hubieran deseado suscribir una carta de porte marítimo, no se hubiese emitido un conocimiento de embarque con tres originales. **La emisión del instrumento en forma de conocimiento de embarque, significa que las partes deseaban retener todas las otras características de un conocimiento de embarque**.
4. La regla que establezca la presentación del instrumento como prerequisite para la entrega de las mercancías, tiene la ventaja de la certeza, previene las confusiones y evita a los porteadores tener que decidir si un conocimiento es “a la orden” o “nominativo”, y correr el riesgo de que tal decisión resultara errónea.

---

<sup>67</sup> APL Co Pte Ltd v Peer Voss Singapore Court of Appeal: Chao Hick Tin JA, Tan Lee Meng J: 3 October 2002. En página web de David Martin Clark: <http://www.onlinedmc.co.uk>. DMC/SandT/37/02.

5. Sería restrictivo en exceso, limitar a dos categorías los documentos que pueden ser utilizados por los cargadores: un conocimiento negociable que debe ser presentado para la entrega de las mercancías; o una carta de porte marítimo o conocimiento de embarque nominativo que no requiere su presentación a los mismos fines. Sostener que un conocimiento de embarque nominativo es diferente a una carta de porte marítimo ofrece la ventaja de proveer al vendedor o al banco que emita un crédito documentario, dé alguna seguridad contra faltas del comprador; y a éste, que el vendedor ha embarcado las mercancías antes que le sea requerido el pago. **Una carta de porte marítimo no puede ser utilizada como garantía para obtener financiamiento.**

La adopción de la regla según la cual, la presentación del conocimiento de embarque nominativo constituye prerequisite para obtener la entrega de las mercancías, evita, adicionalmente, las indeseables consecuencias que el derecho del cargador a demandar bajo el contrato de transporte original, subsista aun después de transferir el documento al consignatario.