

**CRÍTICAS Y OBSERVACIONES AL CONVENIO DE LAS NACIONES
UNIDAS SOBRE EL TRANSPORTE MARITIMO DE MERCADERIAS.
SUSCRITO EN HAMBURGO, EN MARZO DE 1978**

Artículo 1

Inciso 2

1. La definición contenida en este inciso es conceptualmente errónea, porque el carácter de “porteador efectivo”, no está dado por el hecho que el porteador -Contratante- le haya encomendado el transporte, sino por el hecho de haberlo efectivamente realizado. “Porteador efectivo” es quien realiza o ejecuta materialmente el transporte y no quien ha sido encargado por el “Porteador” de ello. (¿Si un “porteador” encomienda a una persona la ejecución de un transporte y ésta no lo ejecuta, esta persona por el sólo hecho de habérsela encomendado el opus, debe ser considerada como porteador efectivo La respuesta es negativa. El concepto de porteador efectivo debe ir unido a la efectiva ejecución del transporte y no sólo al simple hecho de habérselo encomendado pues éste último, no siempre es sinónimo de ejecución-).

2. Insistimos en que aquí hay un error conceptual aunque reconocemos que, en la práctica, podrá no haber muchos problemas con su aplicación.

Inciso 3

3. No nos satisface la definición de “cargador” y creemos que ella puede dar lugar a ciertas inseguridades, confusiones y problemas de interpretación. En efecto, “cargador” para el Convenio, es tanto quien celebra el contrato de transporte con el porteador, como quien entrega la mercadería al transportista.

4. Luego, cuando quien contrató con el transportador es una persona distinta a la que embarcó la carga, se producirá una duplicidad y superposición de personas en torno a un mismo concepto. Ello podrá producir dudas e inseguridad en los derechos de las partes, lo que debió ser evitado.

5. Creemos que en este sentido, es mucho más clara y precisa nuestra Ley de Navegación, * cuando en su art. 267, prescribe que “la expresión cargador se refiere a quien debe suministrar la carga para el transporte sea o no fletador”. Como se ve, para nuestra Ley, cargador es quien entrega la carga y no quien contrató con el transportista.

Inciso 4

6. Habíamos insistido en numerosas oportunidades, que, en la definición de consignatario, debía precisarse que él era la persona autorizada por el contrato o conocimiento de embarque, para el retiro de la mercadería. Y en tal sentido señalábamos que en la práctica aduanera argentina, al igual que en la de otros países sudamericanos, en ciertos casos, el buque entregaba la mercadería a la Aduana o a la autoridad portuaria, quienes estaban autorizados a ello de acuerdo a la ley nacional. En estos casos, no se podía considerar a la Aduana o a esa autoridad portuaria como consignatario, por el sólo hecho de recibir la mercadería, tal cual lo hace el artículo 1, inciso 3 del Convenio.

7. Creemos que ha sido un error no formular esta aclaración y tal vez sea la propia Dirección Nacional de Aduanas o la Administración General de Puertos, quienes hagan oír sus voces para deslindar su posible carácter de consignatario, de acuerdo al texto del Convenio

****Ley de Navegación de la República Argentina.***

Inciso 6

8. Tal vez este tema sea uno de los más candentes y de mayor trascendencia del Convenio, en cuanto se vincula con la forma de instrumentar los contratos de transporte y la no obligación de emitir en todos los casos conocimientos de embarque contra la recepción de las mercaderías a transportar. Párrafo aparte merece el hecho que el porteador sólo tenga la obligación de transportar la mercadería y no de entregarla en destino.

9. En el régimen de la Convención de Bruselas de 1924, la emisión de un conocimiento de embarque que ampare un transporte, es, básicamente, requisito esencial para su aplicación al mismo. Dentro de la sistemática de Bruselas, la emisión de un conocimiento de embarque, es pues, un elemento determinante de su vigencia y su art. 3,3, establece además, los elementos o enunciados que el mismo debe contener, tendientes a asegurar los derechos de las partes involucradas con el contrato de transporte en cuestión -consignatario, banco interviniente, asegurador de la carga, etc.

10. Dentro del antiguo Código de Comercio, de acuerdo a su art. 1019, el “fletamento a carga general, debía probarse por escrito, siendo su instrumento el conocimiento de embarque”. El art. 1031 por su parte, prescribía que dentro de las 24 hs. De concluida la carga, “los conocimientos serán firmados y entregados”. Finalmente de acuerdo al art. 1045, no se admitía acción alguna entre cargadores y armadores, sin acompañar un ejemplar del conocimiento.

11. La Ley de Navegación establece también que el contrato de transporte debe probarse por escrito y que el Capitán, “dentro de las 24 horas de concluida la carga de los efectos, debe entregar al cargador los respectivos conocimientos, los que deberán contener las enunciaciones previstas en su art. 298.

12. Como se ve, tanto en el antiguo Código de Comercio como en la actual Ley de Navegación, se exigía y se exige la prueba. por escrito del contrato de transporte y la emisión de un conocimiento de embarque contra la entrega de las mercaderías a transportar.

13. Malvagni señaló, con gran acierto, que el conocimiento de embarque “es uno de los documentos más importantes en el comercio marítimo” por cuanto tiene tres funciones básicas:

I) constituye la prueba del contrato de transporte; II) acredita la recepción de la carga por parte del buque; III) es un instrumento de crédito. (Contratos de Transporte por Agua, pág. 128, Nº 73; pág. 212, Nº 120 y pág. 723, Nº 429 y subsiguientes).

14. Montiel, por su parte, afirmó, con su habitual precisión y claridad, que el transporte marítimo se consagró al servicio de una de las clásicas fases de la actividad económica: la circulación de bienes. Y dentro de ello, el conocimiento de embarques asumió un rol trascendente como documento representativo de la mercadería y por tal razón instrumento de crédito. Ver Montiel, Curso de Derecho de la Navegación, pág. 229, Nº 134).

15. En la práctica el conocimiento de embarque circula de mano en mano, en sucesivas transferencias que significan otras tantas operaciones o negociaciones de las mercaderías que representa. Dichas mercaderías, mientras se encuentran en viaje son vendidas o entregadas en garantía de operaciones de crédito. La incorporación de los conocimientos de embarque a la categoría de los títulos de crédito, agiliza todas las operaciones que pueden llevarse a cabo con dichas mercaderías, independientemente de su arribo a destino y entrega, al tiempo que cumplen una muy importante función económica al poner en circulación, como dijimos, valores que de otra forma que darían inmovilizados durante un tiempo.

16. Pero todo esto supone que exista un conocimiento de embarque y que el mismo contenga ciertos datos esenciales que permitan identificar a las partes vinculadas por el contrato de transporte y a las mercaderías a transportar y su estado.

17. Obsérvese que en una compraventa internacional, el comprador, que generalmente está en un lejano lugar distinto al puerto de carga", paga su mercadería sin verla, en la confianza

que resulta de la emisión de un conocimiento de embarque. El transportador se convierte así en un eficaz auxiliar del comercio internacional y en especial de la circulación de bienes, por el simple hecho de recibir una carga para' transportar y otorgar un recibo de su recepción bajo la forma de

un conocimiento de embarque. El conocimiento, como prueba de la recepción de la carga a bordo, adquiere así otra importante función, cual es la de hacer viable el pago de la misma al vendedor. Pero aquí también se necesita que ese recibo el conocimiento contenga ciertos elementos esenciales, básicamente referidos a la identificación de la mercadería y su estado, que le permita al comprador saber que la carga a bordo es la por él adquirida y que, en consecuencia, puede abonar su precio al vendedor.

18. Y es también en base a ese documento que el asegurador de la carga" la asegura e indemniza su eventual pérdida al asegurado en caso de siniestro.

19 . Finalmente el conocimiento de embarque, es también un documento imprescindible para la realización de los trámites aduaneros vinculados con el despacho a plaza de las mercaderías de importación que llegan al país por vía marítima.

20. Creemos y así lo hemos sostenido en numerosos trabajos que por las funciones que el conocimiento de embarque cumple, por los derechos de los terceros que de él resultan, por el valor muy a menudo enorme de los bienes que ampara por la seguridad en las relaciones jurídicas que sin duda debe tender a preservar, la prueba por escrito del contrato de transporte y la consiguiente emisión del conocimiento contra entrega de la carga a bordo del buque conteniendo ciertos enunciados mínimos y fundamentales -tal cual lo prescribe nuestra Ley de la Navegación- son elementos básicos, esenciales e irrenunciables en el comercio marítimo internacional. (Ver La Convención de Bruselas de 1924: su posible modificación a través del Proyecto UNCITRAL: La Ley 1977 -C-, pág. 924).

21. Pensamos que partiendo de un contrato de transporte, sin conocimiento de embarque, se habrá de transitar, innecesariamente, por los caminos de la inseguridad jurídica, sin beneficio cierto y razonable para los intereses vinculados a la carga. En tal sentido estamos convencidos que el haber eliminado la obligación de emitir conocimientos de embarque, es uno de los aspectos más negativos del Convenio.

22. Está claro que el nuevo Convenio no exige que el contrato de transporte se formalice por escrito. En tal sentido, la definición de contrato de transporte contenida en el inciso que comentamos, es clara y en dicha norma se ha eliminado toda referencia a exigir la emisión de conocimiento de embarque, tal cual lo hacía el art. 1, b) de la Convención de Bruselas de 1924.

23. Se podrá argumentar que conforme el art. 14 del Convenio, el transportador habrá de emitir un conocimiento de embarque, cuando el cargador así lo solicite. Pero de esta forma su cede, que la emisión del conocimiento queda en marras y al arbitrio del cargador, quien podrá o no hacer valer el derecho que le confiere el citado art. 14. Y ocurre que, muchas veces, los cargadores en origen - embarcadores-, tienen ciertas "relaciones" o "nexos comerciales" específicos con los armadores, lo que no le garantiza con certeza al consignatario que habrá de contar con un conocimiento de embarque en destino.

24. Ahora, a los armadores, les resultará sencillo tratar de demostrar y convencer a los embarcadores en origen que ya no es más obligatoria la emisión del conocimiento de embarque y prescindir de él, con todos los perjuicios e inseguridades imaginables en los intereses de los consignatarios. Incluso la falta de conocimiento de embarque, torna" inútil toda la minuciosa reglamentación del Convenio en torno al contenido del mismo, valor probatorio, etc. que, en definitiva, ha sido elaborada teniendo en cuenta la protección de los intereses de los países cargadores, esto es, usuarios de bodega.

25. En la reunión de febrero de 1974, en Ginebra, del Grupo de Trabajo de UNCITRAL, cuando se discutió este tema, se observó dos orientaciones en torno al mismo. Mientras los países en desarrollo y generalmente transportadores, defendieron la tesis de la no obligatoriedad de la emisión de conocimientos de embarque sobre supuestas bases de simplificación de documentos, otros países, esencialmente cargadores, sostuvieron la tesis contraria, entendiendo que la adecuada protección de los derechos de los intereses de la carga exigía siempre y en forma obligatoria' que contra la recepción de la mercadería, el transportador entregará un conocimiento que cumpliera los requisitos básicos, a los que nos hemos referido precedentemente (Ver nuestro trabajo en Revista de Estudios Marítimos, Nº 8, pág. 80 y subsiguientes; Sexto Período de Reuniones del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Internacional del Transporte Marítimo).

26. No dudamos de la necesidad de la simplificación documentaria en el ámbito de comercio marítimo internacional. Tal vez la eliminación de las extensas y a veces ilegibles e inválidas cláusulas que "llenan" los anversos de los conocimientos de embarque, podrá ser un paso cierto y concreto tendiente a lograr esos objetivos. Pero nunca se debió izar la bandera de la simplificación documentaria para eliminar al conocimiento de embarque, pues este documento que instrumenta el contrato de transporte, acredita el recibo de la mercadería a bordo y sirve de documento de

crédito, garantiza los derechos y el fiel cumplimiento de las obligaciones de las partes vinculadas a un contrato de transporte.

27. El conocimiento de embarque, con las enunciaciones básicas exigidas por la ley, es confianza y seguridad jurídica. No creemos que so pretexto de una supuesta agilización del comercio o simplificación de los documentos comerciales debió tender a eliminarse al conocimiento de embarque en el ámbito del derecho mercantil internacional. Su eliminación, traerá como consecuencia desconfianza e inseguridad, dos conceptos a los que los buenos comerciantes y los hombres del derecho siempre tratan de dejar de lado. (Los “averages bond” que se otorgaban cuando los armadores declaraban avería gruesa, eran extensos, intrincados y con una terminología propia de siglos pasados. Recientemente el Lloyd's ha aprobado nuevos formularios de average bond) con un texto corto, preciso y claro, los que han sido puestos de inmediato en uso en el comercio marítimo internacional. Pero lo cierto, en este tema que interesa básicamente a los armadores, es que hubo una simplificación de documentos pero no su eliminación. Este caso debería servir como reflexión y ejemplo para este tema de los conocimientos

28. El inciso en examen, como ya lo puntualizamos, impone al transportista sólo la obligación de transportar y nada se dice de la entrega de la mercadería. Parecería que se ha intentado desdibujar la naturaleza jurídica del contrato de transporte, pretendiendo convertir la obligación asumida por el naviero en una de medio y no de resultado.

29. La naturaleza jurídica del contrato de Transporte, ha sido pacíficamente considerada por la doctrina y jurisprudencia nacional, como una locación de obra, puesto que el transportador asume la obligación de recibir la carga, transportada y entregarla en destino. El transportador compromete así una “obligación de transporte”, que en definitiva, no es ni más ni menos que una locación de obra (Conforme Fernández Código de Comercio Comentado, Tº VI, pág. 8 Nº 5; La Ley Tº 120 pág. 508; Montiel, Curso de Derecho de la Navegación, pág. 222, etc).

30. La obligación de transportar o el “opus” de la locación de obra, implica básicamente, la entrega de la con transportada en destino y dentro del plazo convenido o el que sea razonable, en el mismo estado que tenía al ser embarcada. La obligación que asume el transportador es así de “resultado” (Conforme Fernández, op. cit. Tº VI, pág. 299).

31. Cuando el transportador deja de cumplir con su obligación no transporta en el término o plazo previsto, entrega la mercadería dañada, etc., surge entonces su responsabilidad frente al consignatario locatario, por el simple hecho de la inejecución de la obligación asumida. Y si el transportador -deudor de la obligación- pretende eximirse de tal responsabilidad, deberá entonces probar la existencia de un eximente legal de tal responsabilidad, que no será otro que el caso fortuito o la fuerza mayor -incluyendo el vicio propio, o la culpa del consignatario- (Conforme Fernández, Op. cit. Tº VI, pág. 301/2).

32. Este sistema, propio del derecho común, es también el aplicable al derecho marítimo en donde, recibiendo la carga en buena condición y llegada con daños, se presume la responsabilidad del transportador, quien, si pretende eximirse de tal responsabilidad tiene a su cargo la prueba del eximente invocado y su relación directa y causal con el incumplimiento de la obligación (Conforme la Ley Tº 119-251; El Derecho-7 Te. 13-187; González Lebrero, Manual de Derecho de la Navegación pág. 222, Fernández Op. cit. Tº IV, pág. 612, etc.

33. Creemos que con todo, el transporte, aún dentro del concepto del Convenio sigue siendo una locación de obra en la que el transportador compromete una obra, dentro de la cual está la obligación de entregar la mercadería en destino. Con todo creemos que se trata de una omisión -tal vez intencionada tendiente, como dijimos, a debilitar el concepto de obligación de resultado, que pacíficamente se reconoce a la que asume el transportador en un contrato de transporte. (Para nuestra Ley de Navegación, “el transportador debe entregar la carga en el puente de destino”, art. 263).

34. Otro tema de importancia que ha omitido este inciso y la definición de contrato de transporte, es el vinculado a las operaciones de carga, estiba, desestiba y descarga.

35. Como se recordará, el art. 3,3 de la Convención de Bruselas de 1924, ponía a cargo del transportador la realización material de las operaciones de carga, estiba, desestiba y descarga, sin perjuicio que su costo pudiera ser trasladado al cargador o consignatario, a través, por ejemplo, de una cláusula FIO FIOS. Era claro, dentro del régimen de Bruselas, de acuerdo al texto de los arts. 3,3 y 3,8, que las operaciones materiales de carga, desestiba y descarga eran a cargo del buque, sin perjuicio de que éste endosara al cargador los gastos correspondientes, pero no los riesgos conexos. (Conforme Tribunal de Génova. El Diritto Marittimo, 1957, pág. 420; Malvagni, Contratos de Transporte por Agua pág. 613; López Saavedra, La Responsabilidad del Transportista por Agua en la Convención de Bruselas de 1924, etc).

36. El art. 271 de la Ley de Navegación, repite el texto del art. 3,3 de la Convención de Bruselas de 1924, con el agregado que las partes pueden convenir “que las operaciones de carga y descarga, salvo en su aspecto de derecho público, sean realizadas por el cargador”.

37“. Nada dice el nuevo Convenio sobre este tema. No vemos problema en que las partes puedan. Convenir la carga“ o descarga por cuenta de la mercadería, creemos, en cambio, que la estiba de la carga a bordo debió de haber sido puesta, expresamente como una obligación a cargo del buque, desde el momento en que el estibaje, trincado y fijación & bordo de las mercaderías transportadas, constituye un factor esencial para la estabilidad del buque y la seguridad de la navegación en sí. (Ver sobre el particular arts. 131, b, 205 y 271 de la Ley de Navegación).

Artículo 4

38. La Convención de Bruselas de 1924, “abarca el tiempo transcurrido desde la carga de las mercaderías a bordo del buque hasta su descarga”. Ello implica que los daños que pueda sufrir la mercadería antes de la carga y después de la descarga, no entran dentro del régimen de responsabilidad restringida del Convenio y quedan sujetos a los principios del derecho común.

39. Esto parece justo y equitativo. La Convención establece un régimen de privilegio para el transportador marítimo que consagra un sistema' de responsabilidad limitada, el que se fundamentó en su momento, en los riesgos propios de la aventura marítima. Antes de la carga o después de la descarga, la mercadería está en tierra y no a bordo del buque y en consecuencia, se halla libre de todos aquellos riesgos propios de la navegación que fueron, en definitiva, los pilares sobre los cuales se construyó el sistema de responsabilidad limitada que hoy protege al naviero.

40. En síntesis, cuando la mercadería está en tierra, antes o después del efectivo transporte marítimo, la falta de riesgos propios de la navegación no justifican un sistema restringido de responsabilidad del transportador. La situación de la carga en éstos supuestos, sería similar a la que tendría en un depósito terrestre y la equidad indicaría la aplicación, en este caso, de las normas del derecho común sobre responsabilidad contractual ésto es, responsabilidad amplia y no restringida e indemnización integral y no limitada.

41. El artículo 4, fue presentado como una ampliación de la responsabilidad del naviero y una “conquista” para los usuarios de bodega. Debemos reconocer que el planteo fue ingenioso y que más de uno entre los que nos contamos fue, en algún momento, inducido a error por tan atractivo planteo.

42. Lo cierto es que no hay tal ampliación de responsabilidad del naviero, sino, por el contrario, una verdadera y real restricción;

Estamos frente a un nuevo privilegio o beneficio que se le otorga al transportista por agua, en detrimento de los intereses de la carga.

43. Dentro del régimen de Bruselas 1924 o de nuestra ley de Navegación, la responsabilidad del transportador por agua se extiende desde que recibió la carga hasta que la entregó. Téngase bien en claro, que dicha responsabilidad no se inicia o termina con la carga de la mercadería a bordo o su descarga, sino con su recepción y entrega. Es decir, que hay responsabilidad durante todo el tiempo en que el naviero, como depositario de los bienes tiene su custodia, independientemente del hecho que dichos bienes están efectivamente a bordo del buque.

44. La circunstancia que la mercadería se dañe a bordo, sólo le implica al transportista el beneficio de ampararse en un régimen de privilegio, cual es el sistema de responsabilidad limitado. Si las averías se producen en tierra, durante el tiempo en que el naviero tiene a su cargo la custodia de la carga, por supuesto que también será responsable de ella, con la diferencia que su responsabilidad será en este caso amplia, no limitada y la indemnización que habrá de pagar, deberá ser integral.

45. Así las cosas, vemos que el artículo 4, lo único que ha hecho, ha sido ampliar el lapso de responsabilidad limitada del naviero. Antes era sólo durante el lapso en que la carga estaba a bordo en razón de los riesgos del transporte; ahora lo es desde que la recibe hasta que la entrega. No hay duda alguna que, con alta diplomacia, los navieros han conseguido arrimar un poco más de agua a su molino.

Artículo 5

46. El inciso 1 de este artículo, consagra la responsabilidad del transportista por daños a las mercaderías transportadas lo que incluye los derivados de la demora-, “a menos que pruebe que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias”.

47. Entendemos que la' norma citada, en forma indirecta, ha consagrado un sistema de responsabilidad del transportista por agua que, en los hechos, funciona como uno de responsabilidad objetiva.

48. Decimos ésto, porque la experiencia enseña que el tipo de prueba a la que debe acudir el transportador para probar su irresponsabilidad, es como la denomina Montiel, una “prueba diabólica” -Revista de Estudios Marítimos, Nº 18/19, pág. 60: La Convención de Bruselas de 1924 y su proyecto de reforma. Y esto es así, porque una causal de exoneración de este tipo carece de verdadera aplicación práctica, por cuanto la prueba que debe producirse es prácticamente imposible. Entendemos que la única forma que tendrá el transportista para exonerarse de responsabilidad, será probando la causa del siniestro y que la misma es ajena a él o sus dependientes (Sobre el particular puede verse Montiel, en El transporte por agua y la Convención de Bruselas de 1924, pág. 27; Folchi, Derecho Aeronáutico y transporte aéreo, pág. 70. Para nosotros es preferible el “catálogo de exoneraciones del art. 275, de la Ley de Navegación o del art. 4 de Bruselas, que este artículo; creemos también que la simplicidad y precisión del art. 909 del antiguo Código de Comercio, es inmejorable e irreemplazable).

49. Conceptuamos que la fórmula del artículo 5, inciso 1, no es feliz y no reconoce bases de equidad y razonabilidad, por lo menos dentro de un sistema de responsabilidad subjetivo.

50. El artículo que comentamos consagra y regla expresamente la responsabilidad del transportista marítimo por retardo o demora. Si bien ni en Bruselas 1924 ni en la Ley de Navegación hay normas sobre el particular, creemos que no hay obstáculo alguno para que un consignatario que sufra perjuicios derivados de demora en el cumplimiento de un contrato de transporte, pueda

reclamarlos. Recordamos sobre el particular, el fallo recaído en autos Trama y Amura SRL contra buque Mormacrío, La Ley T°127-583, en el que la Cámara Federal declaró que no era aplicable la limitación de responsabilidad a los daños sufridos por el consignatario, como consecuencia de la demora del transportista en la entrega de la mercadería (Conforme Domingo Martín López Saavedra, La Responsabilidad del Transportista por agua, pág 77). Como el nuevo Convenio establece un sistema de responsabilidad por demora muy restringido y ajustado al flete, parece que aquí también el transportista por agua, ha obtenido una ventaja adicional, al salirse de un sistema de responsabilidad amplio e ingresar a otro sumamente limitado.

51. En el inciso 4 se establece la responsabilidad del naviero por los daños causados por incendio, a menos que se pruebe que el mismo se produjo por culpa de aquél o sus dependientes. Este inciso prevé la responsabilidad del transportador por incendio, omitiendo que, muchas veces, daña más a la mercadería el agua o los elementos de lucha contra el mismo, que el propio fuego. Se podrá argumentar que una interpretación extensiva de la norma, permitirá equiparar los daños por agua a los producidos por fuego. Ante ello nos preguntamos si, frente a una moderna -que no es sinónimo de progresista Convención, es necesario ya comenzar con interpretaciones extensivas (El hecho que los daños por agua sean recuperables en avería común, no altera la situación, pues siempre quedará. La duda sobre el derecho del contribuyente a repetir de acuerdo con la Regla D de York Amberes).

52. El inciso 6 de este artículo, prescribe la irresponsabilidad del transportista por daños emergentes de salvamento de vidas humanas o mercaderías en el mar.

53. Aceptamos la irresponsabilidad de naviera por los perjuicios a la carga derivados de un salvamento de vidas, por elementales razones humanitarias. Creemos en cambio que la solución referida a salvamento de bienes es injusta e ilógica. En efecto, cuando un buque intenta salvar bienes en el mar, no lo hace por razones humanitarias o de solidaridad sino más bien por razones de beneficio propio apropiación de dichos bienes cobro de una retribución. Y frente a ello, es decir a un beneficio exclusivo para el naviero y al que la carga es ajeno, no parece justo ni equitativo que el transportista exponga por un lado la mercadería a riesgos ciertos y se beneficie por el otro, adicionalmente, con un eximente de responsabilidad por las averías que los bienes transportados puedan sufrir. (Sobre el particular ver Malvagni, Contratos de transporte por agua, pág. 486, Domingo Martín López Saavedra, Op. cit. pág. 67, etc).

Artículo 6

54. Los Límites de responsabilidad establecidos en este artículo, entendemos que representan un verdadero atentado a la buena fe de todos aquellos que participaron en la preparación del Proyecto UNCITRAL y que luego concurrieron a la Conferencia de Hamburgo, creyendo que se estaba trabajando para mejorar la situación de los países cargadores, sobre bases más justas y equitativas. (Los aseguradores en el mundo, antes del Convenio se preocuparon ;? movilizaron temiendo que altos límites de responsabilidad para el naviero pudieran significar una retracción en los seguros de mercaderías... En tal sentido, los aseguradores tenían que, frente a un sistema de responsabilidad amplio del transportador, los asegurados prefirieran prescindir o reducir sus coberturas para encarar sus reclamos directamente contra los navieros. Tales temores han quedado disipados después del Convenio, sin duda alguna. Los límites de responsabilidad se han mantenido o llevado a niveles tan bajos, que a lo mejor, el resultado futuro podrá ser inverso al temido por los aseguradores).

55. No cabe duda alguna que en el campo del derecho en general y en el del marítimo en particular, se está tendiendo a reparaciones más integrales, es decir a valorizar sensiblemente las indemnizaciones por lesiones o pérdida de vidas humanas y a elevarlas en los casos de daños materiales. (Ver Ray, Nuevas tendencias en el derecho marítimo internacional, La Ley Nº 98 del 19-5-77; ver también nuestro trabajo en La Ley 1977 -C- pág. 924).

56. Esta orientación, trasladada al contrato de transporte de mercaderías, se debería convertir en mayor y más extensa responsabilidad a cargo del transportista marítimo como consecuencia de los daños o averías sufridas en las mercaderías por él transportadas.

57. El derecho marítimo ha sido modelado por los países desarrollados y particularmente por aquéllos que contaron y cuentan con flotas mercantes importantes, lo que significa, obviamente, una inclinación poco conveniente para los intereses de los países en desarrollo y usuarios de bodega. En la medida en que el derecho marítimo favorezca los intereses de los transportadores a costa de los cargadores, ese derecho irá en detrimento de los países menos desarrollados, por cuanto, en general, éstos últimos no cuentan con marinas mercantes adecuadas a sus necesidades. (Y ésto no lo decimos sólo nosotros, sino Naciones Unidas: ver su publicación sobre “Conocimientos de embarque, TD/B/C, 4/ISL/Rev. pág. 4).

58. Esto fue sin duda, una de las razones que impulsó a UNCITRAL a abocarse a la revisión de la Convención de Bruselas de 1924 y a la preparación del Proyecto que analizamos, lo que culminó con la conferencia de Hamburgo de marzo de 1978.

60. Teníamos nuestras muy serias dudas que el Proyecto en cuestión había logrado materializar plenamente los objetivos perseguidos y así lo expusimos públicamente. (Ver entre otros, nuestro trabajo en La Ley 1977 -C- 924). Creíamos que todavía los países cargadores estaban a tiempo de revertir ciertas soluciones que no contemplan adecuadamente y con equidad sus intereses, si es que tomaban conciencia de ello y actuaban coordinadamente en la futura Conferencia diplomática en la que el Proyecto sería considerado. Nada de ello ocurrió, por lo menos con resultados positivos. Las cifras establecidas en la nueva Convención no sólo significaron un incremento de la responsabilidad del transportista, sino por el contrario una substancial redacción de ellas.

61. Con anterioridad a la Conferencia, nosotros habíamos pronosticado que ello así habría de ocurrir. (En nuestro artículo sobre "El Mercado Asegurador frente a la próxima Conferencia Diplomática de Hamburgo", en Mercado Asegurador Nº 3, dijimos "y en tal sentido pronosticamos que, la limitación por bulto unidad de carga? del transportador que se aprueba en Hamburgo será sin duda inferior a los 3.802 US\$ actuales). Abonaba nuestra opinión, la experiencia personal recogida en la Conferencia de Londres de 1976 sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos, que nos indicaba que los países armadores tratarían de disminuir la. Responsabilidad de los transportistas por agua, en lugar de aumentarla como todos, aparentemente, lo afirmaron antes de dicha reunión.

62. Dentro del régimen de Bruselas 1924, las 100 £ oro por bulto o unidad de carga, convertidas a moneda corriente a través de las cotizaciones del oro en los mercados libres que son los únicos existentes en la actualidad, representan, aproximadamente, unos 4.200 dólares norteamericanos. (Sobre este tema, ver algunos aspectos del Convenio de Londres de 1976, por Iturralde y López Saavedra, Revista de Estudios Marítimos Nº 16/17, pág. 13; El valor del franco oro, por P. Heller, Journal of Maritime Law, Octubre 1974, pág. 73; La conversión de las unidades de cuenta oro a moneda corriente por Adolfo Gustavo Schuarzberg, Revista de Estudios Marítimos, Nº 16/17, pág. 85). Los 835 DEG en cambio equivaldrán a unos 1018 (835 X 1,22) dólares norteamericanos. Los comentarios huelgan. Los límites de responsabilidad de Bruselas 1924, han sido drásticamente reducidos a límites indecorosos. Una vez más, recobra vigencia la palabra de Malvagni, cuando afirmaba que "los debates en esta clase de conferencias ponen en evidencia que la materia que se

discute no tiene por sustento exclusivamente principios y equidad, sino los intereses de las marinas mercantes de los países representados en la reunión". (Malvagni, Proyecto de Convención sobre limitación de responsabilidad de propietarios de buque, Revista de Derecho Marítimo, Nº 1, pág. 69).

63. El nuevo régimen sancionado en Hamburgo, reduce también drásticamente los límites de responsabilidad establecidos en la Ley de Navegación, en su artículo 278. En efecto los 400 pesos argentinos oro por bulto del artículo mencionado, representarían aproximadamente unos 3.700 US\$, es decir casi la tercera parte del equivalente de los 835 DEG aprobados en Hamburgo (400 pesos argentinos oro = $8,0645 \times 400 \times 180$). 5 : (31.103

64. A nuestro criterio, este artículo solamente justificaría que nuestro país * no ratificara el Convenio de Hamburgo de 1978."

65. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, entendemos que los límites fijados en el artículo 6 de la Convención de Hamburgo, pretenden crear un privilegio injusto en favor de los armadores, al establecer limitaciones increíblemente bajas y que, por supuesto, se alejan de elementales principios de equidad. Por otra parte, entendemos también que las pautas del mencionado artículo 6, no se concilian con los principios vigentes en el derecho moderno, que tienden a indemnizaciones más integrales.

66. Desde un punto de vista de política argentina, partiendo del supuesto que seguimos siendo un país cargador, creemos que límites de responsabilidad tan bajos como los aprobados perjudican los intereses de la carga y de sus aseguradores locales, los que, como es sabido y no se discute ya, son auténtica y genuinamente nacionales. (Sobre este tema, ver nuestro trabajo, "La Ley de Navegación frente a la Convención de Bruselas de 1924, en la Ley, T? 152, pág. 912). Cabría traer a colación que, en el último seminario que organizó el Instituto de Estudios Marítimos y en el que se analizó la Ley de reserva de carga, hubo consenso general entre los asistentes que no más del 18% del comercio internacional, solamente es transportado por buques de bandera argentina. (El seminario en cuestión se desarrolló en el pasado mes de mayo).

67. La responsabilidad por demora o retraso, tiene en el nuevo Convenio, una limitación equivalente a 2 1/2 el flete de la mercadería demorada. (En realidad, de haber llegado toda la mercadería demorada, el límite máximo disminuye solamente al valor del flete: art. 6, b), in fine).

68. Creemos aquí también que el transportador ha recibido otro privilegio injusto, como es la limitación de su responsabilidad por demora al valor del flete, con prescindencia total de la extensión real de los perjuicios sufridos por el consignatario. Una mercadería muy valiosa puede tener un volumen y peso muy reducido y por ende pagar muy poco flete; no vemos, en equidad, porque ese pequeño flete deberá representar el tope máximo de los daños y perjuicios que el transportador ha ocasionado a través del incumplimiento de su obligación.

69. Finalmente, recuérdese que si ha habido daños y demoras, el límite máximo de responsabilidad, será sólo el correspondiente al primero (art. 6, c), En otras palabras, en estos supuestos, los límites quedan congelados en 835 DEG, es decir, los límites se suman pero sólo hasta dicho importe máximo.

70. Se ha eliminado en el sistema de responsabilidad restringida que instrumenta este artículo, la posibilidad que el cargador declare el valor de su mercaderías con el objeto de evitar los límites de responsabilidad del transportista (art. 2,5 de la Convención de Bruselas de 1924 y 278 de la Ley de Navegación). Se podrá argumentar que el art. 6,4 de Hamburgo, al establecer que las partes "podrán pactar límites de responsabilidad superior", consagra una solución cuyos efectos, serían equivalentes a la del valor declarado. Entendemos que no, pues una cosa es ampliar los límites de responsabilidad mediante una convención expresa, lo que supone un acuerdo de voluntades entre cargador y transportador, y otra cosa es hacerlo mediante un simple acto unilateral del cargador, quien sólo tiene que declarar el valor de su carga", sin necesidad de esperar la aceptación de ello por parte del transportador.

Artículo 8

71. Se había discutido en doctrina, si el transportista podía ampararse en la limitación de responsabilidad, en aquellos casos en que el daño o la pérdida habrían sido causados por su dolo o culpa grave.

72. La ley francesa de transporte de 1966, previa la responsabilidad amplia del transportador marítimo, en los casos en que había habido dolo de su parte -art. 28,-. A igual solución había llegado la jurisprudencia italiana Il Diritto Marittimo, año LXI, 1959, pág. 382-. El art. 278 de la Ley de Navegación, contiene una normativa equivalente, privando al transportista del derecho de limitar su responsabilidad “si se prueba que el daño resultó de un acto o de una omisión de aquel, realizado con la intención de provocarlo o bien temerariamente y con conciencia de la probabilidad de provocarlo”.

73. El artículo que comentamos del Convenio de Hamburgo, impide al transportador acogerse al beneficio de la limitación de responsabilidad cuando el daño proviene de “una acción o una omisión del porteador”, es decir de una falta personal suya. Esto significaría que si la omisión o acción dolosa o temeraria fuese del Capitán, es decir no fuera “personal” del naviero podría entenderse que no obstante ello, el transportador continuaría amparado por la limitación de responsabilidad del art. 6.

74. El tema fue analizado y discutido en la Séptima Reunión del Grupo de Trabajo de UNCITRAL, pero nunca se llegó a una solución concreta y clara sobre el tema. Pensamos que el texto del artículo -y sin duda su oculto e interesado espíritu apunta a que el dolo o temeridad deben provenir de actos u omisiones personales del transportador.

75. Dentro de la normativa de nuestra Ley de Navegación, entendernos que cuando el Capitán, como representante del armador -art. 205-, realiza actos u omisiones dolosas o temerarias que se traducen en daños a la carga, la responsabilidad del naviero queda comprometida íntegramente y el transportista no podrá ampararse en la limitación de responsabilidad que consagra este artículo,

76. Con todo, creemos que el texto de este artículo no es feliz y conlleva, subyacentemente, una definida intención a restringir los casos de responsabilidad ilimitada a aquellos que son consecuencia exclusiva de actos u omisiones personales del transportista marítimo.

Artículo 9

77. El párrafo 2 de este artículo, prescribe que “si el porteador y el cargador han convenido en que las mercaderías se transportarán o podrán transportarse sobre cubierta, el porteador incluirá una declaración a tal efecto en el conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato de transporte marítimo”.

78. El consignatario debe saber con exactitud, desde que las mercaderías son recibidas a bordo, si las mismas serán transportadas sobre o bajo cubierta. Si no correría el riesgo, por ejemplo, que un seguro tomado sobre carga a transportar bajo cubierta, no le cubriría daños sufridos por las mercaderías transportadas sobre cubierta, sin él saberlo. La no inclusión en el conocimiento de una cláusula de este tipo, causaría, pues, un real e inevitable perjuicio al consignatario. Esta es una de las tantas razones que exige que, en todo contrato de transporte por agua, se deba emitir siempre un conocimiento de embarque o documento similar, con un contenido básico que asegure los derechos de las partes, y en especial, los del consignatario quien perfecciona un contrato de compraventa y paga una mercadería a miles de kilómetros de distancia, en base a un documento que fue emitido por el transportador.

79. Por ello es que sostenemos que siempre que se transporten mercaderías sobre cubierta, deberá dejarse constancia de ello en el conocimiento de embarque o documento similar. Y observamos además, que dicha constancia debería figurar en el conocimiento o documento similar y no en “otro documento que acredite el contrato de transporte”, como dice el art. 9 del Convenio. Decimos ésto, porque puede haber un contrato de transporte por escrito entre transportador y cargador que prevea el transporte de determinada mercadería sobre cubierta, pero si tal convenio no se exterioriza a través de una declaración expresa en el conocimiento o documento similar, el consignatario no tendría medios de saberlo y de adoptar las medidas convenientes para la protección de sus intereses. Sobre este tema, nos remitimos a lo expuesto en nuestro trabajo sobre el “Sexto Período de Reuniones del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Internacional del Transporte Marítimo” en Revista de Estudios Marítimos Nº 8, pág. 74 y subsiguientes. Obsérvese que si de acuerdo al texto del Convenio, hay un contrato de transporte escrito y previo al embarque entre transportador y cargador, en el que se autoriza al primero el transporte sobre cubierta, ya no sería necesario consignar la declaración pertinente en el conocimiento, pues ésta consta en “otro documento que hace prueba del contrato de transporte marítimo”.

Y en este caso, el consignatario se podría ver sorprendido frente a un transporte sobre Cubierta que él ignoraba, pues no figura en el conocimiento, y sin posibilidades de responsabilizar al transportista en los términos del art. 8 de la Convención. (El transportista cumplió con su obligación legal de consignar el transporte sobre cubierta de la carga en el contrato de transporte, pero el consignatario, que no vió ni fue parte en ese contrato, frente al silencio del conocimiento pese a la Ley, puede sufrir una desagradable sorpresa que se traducirá en una pérdida a su exclusivo cargo).

Artículo 10

80. El “porteador” responde frente al Consignatario, por daños a la carga, por la totalidad del transporte, aunque éste haya sido encomendado a un “porteador efectivo”. Así reza el Convenio en su artículo 10,1.

81. El párrafo 2 de dicho artículo-, prescribe que “todas las disposiciones del presente Convenio por las que se rige la responsabilidad del porteador, se aplicarán también a la responsabilidad del “porteador efectivo” respecto del transporte que éste haya ejecutado”. El párrafo apuntado presenta algunas diferencias con el Proyecto original, pero, en realidad, su espíritu es idéntico: el “porteador efectivo” responde sólo por los daños sufridos por la mercadería ocurridos durante el lapso en que ella estuvo a su cargo.

82. En reiteradas oportunidades señalamos la injusticia y falta de equidad de esta norma que, por vía de un simple transbordo, puede tornar ilusorios los derechos de un consignatario que recibe su carga dañada, cuando dichos daños se produjeron previamente a dicho transbordo. (Ver nuestro trabajo mencionado en el punto 79).

83. Supongamos un transporte Hamburgo-Valparaíso. El “porteador” transporta la mercadería hasta Buenos Aires, lapso durante el que la misma sufre averías. Una vez en Buenos Aires, el “porteador” decide el transbordo de la carga a otro buque, quien la recibe observando el conocimiento original, para concluir luego, como “porteador efectivo”, el transporte a Val paraíso.

84. De acuerdo al artículo 10,2 del Convenio, el “porteador efectivo” no sería responsable frente al consignatario en este caso, pues los daños no se produjeron durante el “transporte realizado por él” -lo que acreditará fácilmente con el conocimiento original observado-. Y así, el consignatario

chileno se encontraría con que sólo tendría acción contra un buque extranjero, el que no llegó y que a lo mejor nunca llegará más a Chile y que, para resarcirse, deberá intentar perseguirlo por todo el mundo.

85. Como se ve, el sistema del Convenio permite o puede permitir a los transportadores, como ya dijimos, a través de un simple transbordo, tornar ilusorios los derechos de los consignatarios contra el “porteador contratante”, quien no llega al puerto de destino y es en cambio el único responsable. En estos casos, los consignatarios, tendrán primero que ubicar el domicilio del “transportador contratante” en el extranjero cosa que por experiencia no siempre es sencillo- y luego iniciar juicio en esas jurisdicciones con el objeto de poder hacer efectivo su crédito.

86. La solución de la Convención la consideramos injusta, pues la norma en cuestión puede colocar en un verdadero estado de indefensión a los consignatarios o por lo menos dificultar mucho el ejercicio de sus derechos contra los transportadores. Una solución más justa es la que consagra el art. 292 de la Ley de Navegación, cuando otorga al consignatario acción contra “el primero con quien se celebre el contrato y el último que entregue los efectos, sin perjuicio de las acciones de repetición contra el transportador en cuyo trayecto se produzca la pérdida” La responsabilidad de los transportes, según la norma comentada, es solidaria y el consignatario tiene acción tanto contra el “porteador” como contra el “transportador efectivo”... (Como éste último llega al puerto del consignatario para entregar la mercadería, éste último tiene la posibilidad de ejercer medidas precautorias contra el buque y traerla a juicio en esa jurisdicción).

Artículo 11

87. Las mismas consideraciones y críticas que hemos formulado respecto del artículo 10. Tienen vigencia y son aplicables al art. 11. Aquí también la solución justa y equitativa es la del art. 292 de la Ley de Navegación: responsabilidad solidaria del “porteador” y del “porteador efectivo”, sin perjuicio de las acciones de repetición que les corresponda a cada uno. (A igual conclusión se llegó en el Seminario realizado por el Instituto de Estudios Marítimos en abril de 1977, en el que se analizó el Proyecto UNCITRAL, ver Revista de Estudios Marítimos, Nº 16/17 pág. 144 ; ver también en igual sentido, Montiel, La Convención de Bruselas de 1924 y su proyecto de reforma, Revista de Estudios Marítimos, pág. 62).

Artículo 12

88. Este artículo establece la responsabilidad del cargador por los daños que, por su culpa o negligencia, ocasione al “porteador” o al “porteador efectivo”.

89. La juridicidad de esta norma es indiscutible. Sólo nos preguntamos por qué la responsabilidad del transportador es básicamente limitada y la del cargador es en cambio ilimitada cualquiera sea el valor de su carga.

Artículo 13

90. O.C.M.I.- Organización Con5u1tiva Marítima Intergubernamental preparó, en su momento, un Código de mercaderías peligrosas, referido a las marcas, estiba y segregación de este tipo de carga. El Código de O.C.M.I., ha sido adoptado por numerosos estados y es de aplicación pacífica y generalizada en el tráfico marítimo internacional.

91. Creemos que ha sido una omisión lamentable no haber referido la marcación de las mercaderías peligrosas de este artículo, al Código de O.C.M.I. Ello habría asegurado sin duda, una uniformidad en las marcas y conceptos, que hubiera precisado y asegurado los derechos y obligaciones de las "partes.

Artículo 14

92 . La emisión de un conocimiento de embarque, queda sujeto de acuerdo al Convenio, a que el cargador así lo solicite expresamente. Nuestra crítica a este artículo ha sido reiterada y nos remitimos a lo ya expuesto precedentemente con referencia al artículo 1, inciso 6.

Artículo 15

93. El Artículo 15 , contiene una minuciosa enumeración de los datos que debe contener el conocimiento de embarque.

94. Dichos datos apuntan, tal cual se puso de relieve en la reunión del Grupo de Trabajo de UNCITRAL, en septiembre de 1974, a asegurar los derechos del consignatario, quien a miles de millas de distancia del puerto de carga, pagaba una mercadería que no había visto, contra la emisión de un conocimiento de embarque. (Ver nuestro trabajo mencionado en el punto 79).

95. Pero de nada vale la norma si no hay una sanción para quien la transgrede. Al transportador le sería muy sencillo eliminar determinados datos y de esa forma debilitar o anular los derechos del consignatario en los casos de averías a pérdidas.

96. Pensamos que, si como se resolvió en la reunión del Grupo de Trabajo en Septiembre de 1974, por 13 votos a favor y ninguno en contra, “el transportador está obligado a inscribir en el conocimiento de embarque todos los datos proporcionados por el cargador”, parece razonable que si el porteador no cumple con esta obligación, reciba una sanción por su actitud maliciosa que podría ser, por ejemplo, privarlo de la posibilidad de limitar su responsabilidad. (Conforme Montiel, Op. cit. en el punto 87, pág. 63).

Artículo 18

97. El artículo que ahora comentamos, trata de aquellos “documentos distintos del conocimiento de embarque”, que, emitido por el transportador hacen prueba del recibo a bordo de las mercaderías que hayan de transportarse. La norma en cuestión, prescribe que ese documento establecerá la presunción, salvo prueba en contrario, que se ha celebrado el contrato de transporte y que el porteador se ha hecho cargo de las mercaderías tal como aparecen descriptas en el mismo. Como se ve, estos documentos, cumplen dos de las funciones básicas del conocimiento, cuales son la prueba del contrato de transporte y la recepción de la carga a bordo.

98. Debemos señalar nuestra preocupación por el texto y los alcances de este artículo, el que está íntimamente unido con la nueva normativa del Convenio, en cuanto no hace obligatorio la emisión de un conocimiento de embarque en los contratos de transporte. Lo expuesto precedentemente, cuando comentábamos el artículo 1, inciso 6, vuelve a tener absoluta y total vigencia.

99. No discutimos que la agilización y simplificación propias del comercio marítimo internacional actual, puede exigir en los contratos de transporte por mar, la utilización de otros documentos distintos a los conocimientos de embarque.

100. Pero es evidente que, la emisión de esos documentos, no debe servir para colocar en estado de indefensión, total o parcial, a los consignatarios de las mercaderías que ellos amparan.

101. Después de haber visto en el artículo 15 del Convenio el “contenido del conocimiento de embarque” con sus 15 datos destinados a preservar los derechos del consignatario, resulta llamativo que ningún dato, ni siquiera los más esenciales, sean exigidos aquí para aquellos “documentos distintos a los conocimientos”.

102. En la reunión del Grupo de Trabajo de UNCITRAL, en septiembre de 1974, cuando se elabora el Proyecto, diversas delegaciones pusieron de manifiesto su preocupación por este problema de los “documentos distintos a los conocimientos de embarque” -Chile, Argentina e India entre otras (Ver al respecto, La Ley 1975-B-1361, nuestro trabajo “La Convención de Bruselas de 1924 en el Séptimo Período de Reuniones del Grupo de Trabajo de UNCITRAL”).

103. Se señaló, en aquella ocasión, el riesgo que podía traer aparejado en el futuro una norma como la del entonces artículo 18 del Proyecto hoy artículo 18 del Convenio al permitir que los porteadores pudieran emitir documentos de embarque diversos -carta de parte, recibo, way bill, etc. sosteniendo que ellos no eran conocimientos de embarque y de esa manera, evitar el cumplimiento de las obligaciones referidas al contenido de estos últimos.

104. Pensamos que, de ser necesario en el comercio internacional esos documentos distintos de los conocimientos de embarque, la Convención debió exigir que los mismos contengan elementos mínimos, pero esenciales, para garantizar los derechos de los consignatarios -descripción y estado de la mercadería recibida, nombre del transportador, puerto de carga y descarga, consignatario, etc.

105. Creemos que, al amparo de esta norma, en el futuro, los transportadores podrán emitir en reemplazo de los conocimientos de embarque, estos otros “documentos distintos”, los que, por carecer de una reglamentación precisa como la contenida en el artículo 15 para aquellos, vendrán a crear un estado de inseguridad jurídica que, por cierto, no servirá para la protección de los derechos de los consignatarios.

Artículo 19

106. Este artículo tiene dos párrafos adicionales con respecto al Proyecto UNCITRAL -los números 7 y 8-. En realidad, los agregados no son objetables y en especial el contenido en el párrafo 7 nos parece útil y acertado. (Los párrafos 1 a 6, se refieren al caso de daños a la carga, mientras que el 7, norma el caso inverso, es decir, aquel, en que la mercadería produce daños y perjuicios al transportador. El párrafo 8, es común a ambos casos).

Artículo 21

107. La redacción del párrafo 1 de este artículo, es deficiente. En efecto, el mismo establece que “el demandante podrá, a su elección, ejercitar la acción ante un tribunal competente. Es decir que la elección del tribunal que habrá de intervenir, queda en manos o a elección del “demandante”. Y nosotros nos preguntamos ahora, en una acción emergente vinculada a un contrato de transporte, ¿quién es el demandante?

108. Parecerá ésta una pregunta sin substancia y se argumentará que si ha habido daños en la carga y el consignatario inicia una demanda judicial, éste será el “demandante”. Y ello es cierto. Pero, no sería también “demandante” en el mismo caso, el transportador que previamente inicia una demanda declarativa -en los términos del art. 322 del Código Procesal para que, por ejemplo, se declare su irresponsabilidad en relación con el transporte. Y ello también sería cierto y de esta forma, el transportador responsable de un daño, se convertiría en demandante y de esa forma elegiría la jurisdicción que más le conviniera la del puerto de carga, por ejemplo o la convenida en el contrato de transporte.

109. Y lo expuesto precedentemente, unido a lo previsto por el inciso d) del párrafo primero -que establece la jurisdicción de los tribunales de “otro lugar designado al efecto en el contrato de transporte, nos hace pensar en que el Convenio ha venido al consagrar la validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción, las que, en nuestro país, desde el pronunciamiento de la Corte en el Caso Compte contra Ybarra, eran nulas y sin valor.

110. Como bien lo señala Montiel -op. cit., pág. 63,10- el artículo 614 de nuestra Ley de Navegación sienta un principio de orden público en materia de jurisdicción, circunstancia que no puede ser orillada en la valoración del sistema internacional que se propicia. Creemos que ambas normas, la de la Ley de Navegación y el Convenio, están en conflicto y que la solución de éste último, al permitir sustraer de la competencia de los jueces naturales del lugar de cumplimiento del contrato de transporte, las causas emergentes del mismo, para los consignatarios locales, significará una inseguridad y un posible deterioro de sus derechos, protegidos adecuadamente por su ley nacional. (Téngase presente que en la elección de otro lugar designado a tal efecto en el contrato de transporte, como lo prescribe el art. 21,1,d, no intervino ni pudo exteriorizar su voluntad el consignatario, quien ha sido así absolutamente ajeno al convenio respectivo).

Artículo 22

111. Este artículo se refiere a los arbitrajes y comienza prescribiendo que “las partes podrán pactar por escrito que toda controversia al transporte de mercancías sea sometida a arbitraje” párrafo 1.

112. A continuación, establece que existiendo un contrato de fletamento en el que se ha pactado someter el mismo o sus consecuencias a arbitraje, incorporando en los conocimientos de embarque pertinentes dicha cláusula, ella será obligatoria para los consignatarios. Párrafo 2.

113. El párrafo 3 del artículo que comentamos, establece el lugar en dónde se llevará a cabo el arbitraje, lo que concluye “cualquier lugar designado al efecto en la cláusula compromísoria”.

114. Lo expuesto precedentemente implica que, si en un contrato de transporte o en un conocimiento de embarque se inserta una cláusula arbitral y se establece una plaza en donde el mismo se llevará a cabo, dicha cláusula será válida y cualquier acción que se intente vinculada a dicho transporte, deberá llevarse a cabo mediante tal procedimiento y en la jurisdicción pactada.

115. Es obvio que esta norma apunta a sustraer del conocimiento de los tribunales naturalmente competentes, las causas derivadas del incumplimiento de contratos de transporte, para trasladarlas a otros medios ajenos al de los consignatarios.

116. La normativa apuntada está en colisión con la de nuestra Ley de Navegación, e incluso con principios básicos de nuestra Constitución Nacional -Art. 100 de la Constitución. Artículo 515 de la LN: “Los tribunales federales son competentes para entender en las causas emergentes de la navegación interjurisdiccional”. Art. 614: “Los tribunales nacionales son competentes para conocer en los juicios derivados de los contratos de utilización de los buques cuando las obligaciones respectivas deben cumplirse en la República es nula toda cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos”. Art. 621: “Producido un hecho generador de una causa cuyo conocimiento corresponda a los tribunales nacionales, los residentes en el país pueden convenir, con posterioridad al mismo, someterlo a juicio de árbitros o de tribunales extranjeros”.

117. Coincidimos con Montiel -op. cit. pág. 63- en cuanto a la inconveniencia de esta norma, la que fue duramente criticada en el seminario del Instituto de Estudios Marítimos, celebrado en abril de 1977. En dicho seminario hubo consenso unánime que este artículo debía de ser eliminado del entonces Proyecto UNCITRAL.

Artículo 23

118. El párrafo 3, de este artículo, prescribe que en todo conocimiento de embarque o documento que pruebe el contrato de transporte, deberá incluirse una declaración en el sentido que dicho contrato está sujeto a las disposiciones del presente Convenio, las que anulan toda cláusula que se aparte del mismo en perjuicio del consignatario o cargador. (El párrafo 1, de este artículo establece por su parte la nulidad de toda estipulación que se aparte directa o indirectamente del Convenio).

119. El párrafo 4 establece las sanciones para el transportador que incumple con estas obligaciones. La norma que comentamos dice que, cuando el titular de las mercaderías debería decir cargador o consignatario, pues el Convenio no define en su artículo 1 al “titular de las mercaderías”, haya sufrido un perjuicio a consecuencia de una cláusula nula o de la omisión de la declaración prescripta en el párrafo 3, el transportador “pagará una indemnización de la cuantía necesaria para resarcir al titular de toda pérdida o daño de las mercaderías o del retraso en la entrega”.

120. Lo cierto es que no nos imaginamos cómo una cláusula nula puede provocar “pérdida o daño de las mercaderías del retraso en la entrega”, puesto que, según el párrafo 4 que comentamos, ésto es lo único que debe indemnizar el transportador que incumple las obligaciones contenidas en los párrafos 1 y 3 de este artículo. (Los daños a la carga son causados por acciones u omisiones del transportador, pero nunca por una “cláusula nula”).

121. Dentro de la óptica de nuestro derecho positivo, advertimos y suponemos que la incorporación de una “cláusula nula” en un conocimiento de embarque, sólo dará lugar a una disputa judicial en torno a su validez, en la que, la parte perdedora que incorporó dicha estipulación nula, por aplicación de normas de derecho común, deberá pagar, además del monto del reclamo, sus intereses y las costas devengadas en el juicio.

122. Nosotros nos encontramos aquí, con otra norma supuestamente imperativa, que, sin embargo, ante su incumplimiento el transportador no tiene una consecuente sanción. Ocurre aquí algo parecido a lo que sucede con el artículo 15 del Convenio, el que, como señalamos ya, prescribe un conjunto numeroso de menciones en el conocimiento de embarque, sin normar sanciones para el transportador que incumple con dicha obligación, Montiel (op. cit., pág. 63,9) señalaba, comentando el artículo 15 del Pro-yecto UNCITRAL, que “la solución no resulta coherente ni con el estado actual de la cuestión, ni con la necesidad de eliminar aparentes mandatos legales cuya inobservancia no provoca efectos prácticos de ningún tipo”.

Artículo 24

123. El párrafo 2 de este artículo, establece que, las disposiciones del Convenio relativas -a la responsabilidad del transportador por daños a la carga, “determinarán también si el consignatario puede negarse a contribuir a la avería gruesa y si el porteador está obligado a resarcir al consignatario de su contribución a la avería gruesa o al salvamento”.

124. Con esta norma, predecimos un oscuro y tormentoso futuro al instituto de la avería común, a partir del momento en que el Convenio de Hamburgo entre en vigencia.

125. Tal vez convenga comenzar por recordar la Regla D, de York Amberes 1974, cuando prescribe que, “los derechos a obtener la contribución en avería gruesa, no serán afectados aunque el acontecimiento que dio lugar al sacrificio o gasto pueda haberse debido a la falta de una de las partes en la aventura; pero ésto no perjudicará a las acciones o defensas que puedan ejercitarse contra dicha parte en razón de tal falta”.

126. Conviene también recordar lo que expusimos precedentemente al comentar el artículo 5 del Convenio, en el sentido que dicha norma, en forma indirecta, ha consagrado un sistema de responsabilidad del transportista por agua que, en los hechos, funciona como una de responsabilidad objetiva (Es la opinión de Montiel, op cit. pág. 61, supra).

127. Y debe finalmente tenerse presente que, en el nuevo régimen del Convenio, el eximente de culpas o faltas náuticas ha desaparecido. (Aclaramos que no criticamos su eliminación, la que por el contrario aprobamos, básicamente, por las razones expuestas en nuestro trabajo “Hacia un nuevo sistema de limitación de la responsabilidad de propietarios de buques” -La Ley, 1976 -C, pág. 545-, sino solamente nos limitamos a señalar esta situación frente al sistema de responsabilidad cuasi-objetivo, consagrado por el Convenio de Hamburgo).

128. La experiencia indica que una gran parte de las declaraciones de avería gruesa, se deben a accidentes que se originan en faltas náuticas -varaduras, colisiones, etc. Otro tanto ocurre con fallas o averías en la máquina propulsora del buque o en sus equipos accesorios, que concluyen en salvamentos, arribadas forzosas o remolque. Los incendios y las consecuencias de la lucha contra ellos, aunque en menor proporción, son fuente también de declaración de averías comunes.

129. Pero adviértase que, salvo el caso de incendio en el que el consignatario debe probar la culpa del transportador: art. 4, a), i)-, en todos los demás supuestos, de siniestros, será el transportador quién deberá probar, para eximirse de responsabilidad, “que él, sus empleados o agentes adoptarlo todas las medidas que razonablemente podrían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias”. Y ésto como ya dijimos, se convierte en una “prueba diabólica”, de difícil producción y que, en síntesis, exigirá al naviero en cada caso acreditar la causa del siniestro y además que él o sus dependientes, fueron ajenos al mismo.

130. Creemos que en el futuro, si la Convención entra en vigor, la inmensa mayoría de las liquidaciones de avería común podrán ser impugnadas por los contribuyentes al amparo del artículo 5 y 24 del Convenio y resistido su pago, a menos que el armador produzca exitosamente la prueba de haber tomado “todas las medidas que razonablemente podrían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias”.

131. Pronosticamos un futuro lleno de conflictos para este antiquísimo instituto del derecho marítimo basado en la equidad y en la comunidad de intereses en torno a la aventura marítima y uno de los pilares sobre el cual se estructuró su “particularismo”. Tenemos que tal vez, este sea un golpe fatal y definitivo para la supervivencia del instituto, cuyo prestigio se verá cuestionado y disminuido por los innumerables conflictos a que las normas citadas del Convenio, sin duda darán lugar. Antes del Convenio de Hamburgo, numerosas voces se hicieron eco en Europa de esta situación, las que, lamentablemente como en tantos otros aspectos del Proyecto UNCITRAL, no fueron escuchadas.

Artículo 26

132. La utilización del DEG -Derecho Especial de Giro como unidad de cuenta en convenciones de este tipo, en las que se concede a los navieros el privilegio de sistemas de responsabilidad restringidos, ya ha sido criticado por nosotros en numerosas oportunidades. (Ver entre otros nuestro trabajo “Algunos aspectos del Convenio de Londres de 1976 sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos” en colaboración J.M. Iturralde, Revista de Estudios Marítimos, Nº 16/17, pág. 14 y sub sig.). Y la base de nuestra crítica es la siguiente.

133. El DEG. es una “canasta”, formada por distintas monedas dólar, franco, libra, etc-. Esta “canasta”, asegura un promedio razonable de depreciación entre las monedas que la constituyen. Todos los países sufren en mayor o menor medida, los efectos de la inflación que se traducen a su vez en una pérdida de capacidad adquisitiva de sus respectivas monedas. A través de la “canasta” del DEG, no se elimina el deterioro sucesivo y permanente de cada moneda a manos de la inflación, sino solamente se logra un deterioro o pérdida de capacidad adquisitiva- promedio.

134. Luego, el DEG, no asegura limitaciones de responsabilidad estables, sino simplemente libres de bruscas oscilaciones, a través de la caída de los valores nominales de las monedas en el tobogán inflacionario. Esto significa que en diez años a un ritmo inflacionario promedio del 5%, los 835 DEG del artículo 6 habrán de sufrir una pérdida del orden del 50%, en valores estables absolutos. Tal vez un caso práctico sirva como ejemplo. En 1969, con un DEG se compraban 0,888671 gr. de oro; hoy en día, para comprar igual cantidad de oro, se necesitan alrededor de 4 DEG. Los comentarios huelgan. (Lo expuesto precedentemente queda corroborado cuando en el art. 33 del nuevo Convenio, se regla un sistema para revisar el monto de los límites del art. 6; está en claro que en la mente de los estados concurrentes a Hamburgo, este problema de la reducción de los límites fijados en DEG a manos de la inflación, estaba presente).

135. La utilización pues de los DEG, para fijar límites de responsabilidad del transportista por agua, significa que, con el transcurso del tiempo y a manos de la inflación, los consignatarios verán reducir inexorablemente sus posibilidades de recobro contra los porteadores marítimos. (Nosotros nos seguimos inclinando por el oro como patrón o medida de cuenta. El oro pese a ser un termómetro controvertido de la depreciación monetaria de la moneda papel, parece, con todo, seguir resistiendo gallardamente los embates de sus críticos, por lo menos hasta que no se halle otra fórmula mejor que permita, sobre bases objetivas, imparciales y serias, medir de otra manera dicha depreciación. El precio del oro puede encontrarse sujeto a alteraciones especulativas y sufrir alteraciones de mayor o menor importancia. Sin embargo, esas alteraciones son coyunturales y en lapsos largos de tiempo, el aumento o la baja del oro se estabilizan y parecen acompañar a la depreciación que sufre el papel moneda).