

LA NUEVA CONVENCION SOBRE EL TRANSPORTE

DE MERCANCIAS POR MAR

“Las Reglas de Hamburgo”

El proyecto de convención sobre el Transporte Marítimo de Mercancías elaborado por UNCITRAL fue aprobado, con modificaciones de poca importancia, el 31 de marzo de 1978 por la Conferencia de las Naciones Unidas, convocada en Hamburgo, bajo la denominación de “United Nations Convention on The Carriage of Goods by Sea, 1978”. En la Conferencia fueron discutidos además del texto de la Convención, un “Commoa Understanding” y una “Resolution” con la cual fue aprobada la denominación de la Convención, recomendándose que las normas de la misma se designen como “Reglas “de Hamburgo””. Puesto que el desarrollo de los trabajos preparatorios se ha dado a conocer ampliamente en múltiples sedes, y el proyecto ha sido examinado bajo un punto de vista crítico por parte del Comité Marítimo Internacional, parece ahora oportuno someter la Convención a un somero examen será posible darse cuenta de todos los problemas que la nueva convención ha resuelto y de aquellos que en cambio ha creado. La convención será, por otra parte, objeto en enero de 1979, de un examen específico en el curso de un coloquio organizado en Viena por el Comité Marítimo Internacional y, seguramente, en tal sede los problemas que serán aquí tratados podrán ser, en conjunto con otros no tratados en esta exposición, mayormente profundizados en el debate que sobre ellos se desarrollará.

1) **Ámbito Normativo de la Convención:**

Mientras el ámbito normativo de la Convención de Bruselas de 1924 está establecido en referencia al documento típico del transporte marítimo, es decir, al Conocimiento de Embarque, en las Reglas de Hamburgo dicho ámbito está fijado sobre la base de la naturaleza del contrato: el artículo 2 párrafo 1 dispone, en efecto, que las normas de la Convención son aplicables a todos los contratos de transporte marítimo, definidos en el precedente artículo como los contratos mediante los cuales el porteador se obliga a título oneroso a transportar mercancías por mar-de un puerto a otro; sin embargo, el aspecto documental no está completamente descartado, ya que continúa teniendo relevancia en la delimitación del ámbito normativo. En cuanto al artículo 2, en el párrafo 3, dispone

que las normas de la convención no son aplicables a los charter parties, o más exactamente, a los contratos de fletamento. La nueva normativa se diferencia de la contenida en la Convención de 1924, en que mientras en ésta última estaba previsto en modo positivo la aplicación de las disposiciones uniformes a todos los contratos de transporte documentados a través del Conocimiento de Embarque, aún cuando el mismo sea emitido en ejecución de un fletamento, y aun cuando limitadamente a la relación entre el Porteador y el Tercero Tenedor del Conocimiento, las Reglas de Hamburgo contienen en primer lugar una afirmación positiva de la aplicación de las Reglas a todos los contratos de transporte marítimo excluyendo por ende el ámbito normativo de la Convención los contratos de fletamento, para poner luego en segundo lugar un límite a la exclusión en la hipótesis en la cual vengán emitidos conocimientos de embarque y tales conocimientos regulen la relación entre el porteador y el tenedor cuando éste sea una persona distinta del fletador.

Entre el viejo y el nuevo texto hay, por otra parte, una diferencia que, si a primera vista puede parecer formal, en realidad puede incidir en modo relevante sobre la delimitación del ámbito normativo de la disciplina uniforme. Mientras, en efecto, la Convención de 1924 establece que sus normas se aplican también a los conocimientos emitidos en ejecución de un fletamento desde el momento en el cual los mismos regulan la relación entre el porteador y el tenedor del conocimiento; las Reglas de Hamburgo disponen que la convención se aplica a los conocimientos de embarque emitidos en ejecución de un fletamento si las mismas regulan la relación entre el porteador y el tenedor de los conocimientos cuando éste sea una persona diversa del fletador. Mientras, la Convención de 1924 pone el acento sobre el momento temporal, precisando que sus normas se aplican desde el momento en el cual, el conocimiento regula la relación entre el porteador y el tenedor indicando con eso que la normativa uniforme se hace aplicable cuando el conocimiento viene transferido del cargador a un tercero, las Reglas de Hamburgo eliminan cualquier referencia a la circulación del título, y afirman en cambio que la Convención sea aplicable cuando el conocimiento regule la relación entre el porteador y el tenedor del conocimiento.

Se presenta por tanto, el problema de determinar en que situación puede afirmarse que el conocimiento regula la relación entre el porteador y el tenedor del título.

Mientras en verdad no puede dudarse que ésta situación se verifica cuando el conocimiento es girado por el tenedor que es parte de la relación fundamental, a un tercero que no sea fletador, y el título no contenga referencia al fletamento, surgen, por el contrario dudas en la hipótesis en que

el conocimiento contenga una referencia expresa a las condiciones del fletamento (como normalmente sucede en el fletamento por viaje) y que además no contenga (así como se verifica en los formularios de conocimientos específicamente preparados para ser utilizados en la navegación charter), una disciplina específica del contrato de transporte. En esta hipótesis en verdad se puede alegar que el conocimiento regula la relación entre el porteador y el tenedor del mismo, ya que en realidad tal relación es regulada en manera prevalente por el contrato de fletamento, que en el conocimiento está contenido “per relationem”.

Si esta tesis debiese prevalecer, la aplicación de la nueva normativa al fletamento a viaje vendría prácticamente excluida en todo caso, y en consecuencia el ámbito normativo de la nueva convención vendría a ser más estrecho que el previsto en la Convención de 1924.

Ni teniendo en cuenta el más severo régimen de la responsabilidad del porteador y de su incidencia sobre el costo de la aseguración relativa, parece probable una voluntaria referencia a las Reglas de Hamburgo en los contratos de fletamento; al contrario en cambio, de cuanto se verifica con las Reglas de La Haya, que hoy son frecuentemente aplicadas, no sólo en el fletamento a viaje, sino también en el fletamento a tiempo.

Período de Aplicación de las “Reglas de Hamburgo”

El párrafo 1 del artículo 4 dispone que la responsabilidad del porteador por las mercancías, en virtud del presente convenio, abarca el período durante el cual las mercancías están bajo la custodia del porteador en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga. De esta afirmación pareciera implícitamente admitido que el porteador puede no tener en custodia las mercancías; no sólo cuando éstas se encuentran en el puerto de embarque y en el puerto de descarga, sino también durante el transporte; por lo cual la convención no sería aplicable cuando el porteador no asume la custodia de las mercancías transportadas. Tal duda desaparece a consecuencia del párrafo 2 del mismo artículo, el cual dispone que a los fines de la aplicación del párrafo precedente debe considerarse que el porteador tiene la custodia de las mercancías desde el momento en que éste las haya tomado a su cargo al recibirlas del cargador o del ente al cual deben ser entregadas para el embarque, hasta el momento en el cual las ha entregado al consignatario o a su disposición, o las ha puesto en poder de una autoridad u otro tercero a quienes hayan de entregarse las mercancías según las leyes a los reglamentos aplicables en el puerto de descarga. Esta duda se elimina en vista del párrafo 2 del mismo artículo que dispone que a los fines de la aplicación del párrafo precedente, debe entenderse que el porteador tiene a su cuidado las mercancías desde el momento en el cual las ha tomado en consignación del cargador o del ente al cual deba ser consignadas para el embarque, hasta el momento en el cual las ha reconocido. En realidad la formulación poco clara del inciso 1 depende del hecho de que se ha entendido excluir del campo de aplicación de la Convención el eventual período durante el cual el Porteador tiene la custodia de las mercancías antes de que ellas lleguen al puerto de embarque o después que esas hayan sido retiradas del puerto de descarga, con la consecuencia de que si la recepción se verifica antes del momento en el cual las mercancías llegan al puerto de embarque, la convención se aplica desde tal momento, y, respectivamente, si la entrega se efectúa después que las mercancías han salido del puerto de descarga, la convención se aplica hasta este último momento, mientras si la recepción y la entrega se realiza en los puertos, la convención se aplica, desde el momento de la efectiva recepción a aquel de la efectiva entrega.

Régimen de la Responsabilidad

El artículo 5 párrafo 1 contiene una disposición de carácter general en relación al régimen de la responsabilidad del porteador, disponiendo que el porteador es responsable de los perjuicios resultantes.

a) Distribución de la Carga de la Prueba

El titular del derecho a las mercancías o de una acción de reclamo tiene que probar la existencia de un perjuicio causado por la pérdida, daño o retraso en la entrega. Por tanto, según la convención no es suficiente demostrar la existencia de una pérdida o de un daño a las mercancías, sino que es necesario demostrar que tal pérdida o daño ha producido o acarreado un daño económico a la persona que pretende el resarcimiento; en consecuencia, no es suficiente la legitimación formal derivada del hecho de ser el último tenedor del conocimiento de embarque, sino que ocurre demostrar un interés de sustancia. La disciplina de la convención se acerca por tanto sobre este punto a aquella del common law, según la cual la legitimación le corresponde solamente al efectivo propietario de las mercancías o a aquel a riesgo del cual las mercancías se encontraban durante el transporte. El demandante tiene que probar que el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso, se ha verificado durante el período en el cual las mercancías estaban en custodia del porteador en base al criterio establecido en el artículo 4; él debe por tanto, ante todo, individualizar el hecho que ha determinado la pérdida, el daño o el retraso, con la consecuencia que si la causa permanece incógnita, y por tanto el momento en el cual ella se ha verificado no puede individualizarse, viene a faltar la prueba del hecho constitutivo de la responsabilidad del porteador. Una vez que el reclamante ha producido la prueba que estaba a su cargo, el porteador debe, para excluir su propia responsabilidad, demostrar que él y sus empleados o agentes han adoptado todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias.

b) Régimen de la Responsabilidad

La formulación del artículo 5 S 1 se diferencia de aquella del artículo 4, 5 2 S de la Convención de Bruselas de 1924, según la cual la responsabilidad del porteador es excluida con la prueba de éste último de la no imputabilidad del hecho a su culpa personal o también a hecho o culpa de sus empleados o agentes (las Reglas de La Haya de 1921 y la traducción inglesa de la Convención hablan de “actual fault or privity” del porteador y de “fault or neglect” de sus empleados o agentes). El problema que se presenta es el de determinar si el régimen de responsabilidad establecido en la nueva norma se diferencia de aquel precedente, en lo que respecta a si la obligación de adoptar todas las medidas que podrían razonablemente ser necesarias, pone a cargo del porteador riesgos que antes estaban soportados por el dueño de las mercancías o reclamante. El hecho mismo de la modificación de las expresiones utilizadas precedentemente podría constituir un índice de la modificación del régimen de la responsabilidad, y la circunstancia que sucesivamente, en el párrafo 4 del mismo artículo, donde es disciplinada la responsabilidad por los daños de incendio, se haga en cambio referencia a la culpa o negligencia del porteador o de sus empleados o agentes, podría ser un elemento a sufragio de esta responsabilidad basado sobre la culpa, han sido mantenidas las expresiones de la convención de 1924, por lo que, la adaptación en otras partes del artículo de expresiones diversas denota la intención de adoptar un régimen de responsabilidad diferente, de carácter objetivo.

La diversa formulación de las normas subsiste por otra parte en casos en los cuales se tiene una distinta distribución de la carga de la prueba, porque mientras el principio general establecido en el párrafo 1 del artículo 5 es aquel según el cual el porteador debe producir la prueba de su comportamiento conforme a la norma, en el párrafo 4 en el tema de daños causados por incendios y también en el párrafo 5 en tema de daños a animales, corresponde al reclamante la prueba de un comportamiento del porteador contrario a la norma. La diversa formulación puede ser justificada por esta diversa distribución de la carga de la prueba, en cuanto no era fácil utilizar, en los casos en los cuales corresponde al reclamante la formulación del párrafo 1, que está expresada en términos negativos, por lo cual ha sido probablemente considerado más simple utilizar una fórmula positiva, es decir aquella de la prueba de la culpa del porteador, de sus empleados o agentes.

Si estas consideraciones son exactas, el régimen establecido en el párrafo 1 del artículo 5 no se diferencia de aquel establecido en el párrafo 4 y el párrafo 5, con la consecuencia que el comportamiento requerido en el S 1 se identifica con la obligación de adoptar una diligencia razonable. Esta conclusión encuentra fundamento en el S 7 del mismo artículo que regula la hipótesis del concurso en la producción del daño, de un hecho imputable y de un hecho no imputable. En este párrafo, en efecto, que necesariamente considera situaciones parcialmente comprendidas en el S 1, no se habla tanto de falta de adopción de las medidas que razonablemente podían ser requeridas, sino más bien de culpa o negligencia del porteador o de sus empleados o agentes; eso porque este párrafo necesariamente hipotiza una violación de parte del porteador del canon de comportamiento previsto en el párrafo 1 como una de las concausas del hecho y parece demostrar que el primer régimen de la responsabilidad no ha cambiado y que está siempre basado sobre la culpa; que se presenta justo cuando el porteador () sus empleados o agentes han omitido adoptar las medidas que razonablemente podían ser requeridas. En su expresión positiva por tanto el canon de comportamiento es aquel de la diligencia profesional exactamente como la jurisprudencia lo ha extendido según la convención de 1924.

El concepto de diligencia profesional retorna además en el párrafo 2 del artículo 5 el cual disciplina la responsabilidad por retardo en la entrega. Al respecto está previsto que tal retardo se verifica cuando las mercancías no son entregadas dentro del término establecido, o bien dentro del término que sería razonable exigir a un porteador diligente, teniendo presente las circunstancias del Caso. El tipo de comportamiento que pue-de ser razonablemente exigido, está en consecuencia referido a un porteador diligente. La distribución de la carga de la prueba establecida en el artículo 5, es evidente que no nos ha parecido a todos completamente clara, tanto que se ha considerado oportuno proponer la adopción por parte de la conferencia de un “Common Understanding”, que figura como alegato segundo del acto final. En él se afirma que existe un consenso general (Common Understanding) en el sentido de que la responsabilidad del porteador según la convención está basada sobre el principio de la culpa presunta, con la consecuencia de que por lo regular la carga de la prueba está a su cargo, si bien, en ciertas situaciones este principio se encuentra modificado.

Tal “Common Understanding” no se refiere solamente a la distribución de la carga de la prueba, sino también al régimen de la responsabilidad, ya que éste confirma que la responsabilidad del porteador está basada sobre la culpa. La utilización de este documento a los fines de la interpretación del artículo 5 de las Reglas de Hamburgo podrá no ser uniforme en los diversos ordenamientos jurídicos según que, en esos ordenamientos, sea atribuida o no, importancia a documentos externos al acto normativo, tal como indudablemente debe ser considerado esta “Common Understanding”.

c) Navegabilidad de la Nave y Custodia de la Carga

Aunque Las Reglas de Hamburgo no regulen más, en modo positivo el comportamiento que el Porteador debe observar para poner apta la nave para el transporte de las mercancías y para asegurar que tal transporte se realice en modo apropiado, así como evitar cualquier daño, a las mercancías mismas; la prevención de que el porteador es responsable a menos que no pruebe haber adoptado todas las medidas que razonablemente podían ser requeridas para evitar el evento y sus consecuencias, no altera los cánones antes mencionados, en cuanto la navegabilidad de la nave y el cuidado de la carga constituyen exactamente medidas razonables para evitar un evento dañoso'. Por otra parte, mientras hoy rige en diversos ordenamientos el principio de la “no delegabilidad” de la obligación de poner la nave en condiciones de navegabilidad, así que el Porteador responde también de las culpas de los auxiliares externos, el opuesto principio pareciera ser adoptado en el párrafo 1 del artículo 4, en cuanto éste prevé que el Porteador puede exonerarse de responsabilidad con la prueba de un comportamiento suyo de acuerdo a la norma y de sus empleados o agentes y no también con la prueba de análogo comportamiento por parte de los auxiliares externos de los cuales ellos se valgan para poner la nave en condiciones de navegabilidad.

d) El Régimen de Responsabilidad de los Daños Causados por Incendio

Como ya se ha dicho, en este caso se presenta una inversión de la carga de la prueba, en cuanto corresponde al reclamante la prueba de que el incendio ha sido causado por culpa del porteador o de sus empleados o agentes, o bien la prueba de la culpa de ellos en la adopción de las medidas que

podían ser razonablemente requeridas para extinguir el incendio y evitar o reducir las consecuencias.

Para facilitar la individualización de las causas del incendio la convención prevé luego la facultad del reclamante del Porteador de solicitar una investigación técnica.

4) Limitación de la Responsabilidad del Porteador

a) Cómputo del Límite

En la misma forma que el Protocolo “de 1968 de la Convención de Bruselas, el límite está referido al bulto u otra unidad de carga (shipping unit) o también el peso bruto de las mercancías expresado en kilogramos, aplicando el límite de mayor entidad. En el caso “contenedor de paleta”, o de elemento de transporte análogo, el límite por bulto o unidad de carga va referido a los bultos o unidades contenidas en tal artículo de transporte cuando éstos sean enumerados en el conocimiento en cuyo defecto el mismo artículo de transporte será considerado como unidad de carga.

La adopción del “shipping unit” en lugar de la “freight unit” y la previsión de que en defecto del señalamiento en el conocimiento del contenido del contenedor, o paleta, que el uno y el otro constituyan la shipping unit, tiene en la nueva convención, así como en el resto de Protocolo de 1968, una importancia inferior porque subsiste la alternativa entre aplicar el límite por bulto o por shipping unit y por kilogramo; con la consecuencia que en el caso de unidad de carga de notable valor (se recuerdan casos, examinados por la jurisprudencia, de un “fondero y de un Yacht) vendrá aplicado el límite por kilogramo.

e) Entidad del Límite

El límite es de 835 unidades de cuenta por bulto, y de 2,5 unidades de cuenta por kilo-gramo. La unidad de cuenta es, según el artículo 26, el derecho especial de giro del Fondo Monetario Internacional. Para los Estados contratantes que no son Miembros del Fondo Monetario Internacional y cuya legislación no permita adoptar como unidad de cuenta el derecho especial de giro. El límite está fijado en 12.500 unidades de cuenta por bulto u otras unidades de carga transportada y de 37,5 unidades de cuenta por kilogramo, debiéndose entender en este caso por unidad de cuenta el Franco Poincaré. La relación de cambio entre DEG y el Franco Poincaré es en efecto de 1 DEG= 15 F. Poincaré. Tal cambio resulta de la relación entre el contenido de oro de las dos monedas de cuenta: 0,888771 gramos de oro fino, el derecho especial de giro, y 65.5 miligramos de oro (fineza 900) correspondientes a 0.05895 gramos de oro fino, el Franco Poincaré.

El derecho especial de giro fue establecido desde 1974, en base a un “basket” de 16 monedas, donde cada una de las cuales participa según un porcentaje fijo. Para facilitar la determinación de la proporción entre una determinada moneda y el derecho especial de giro, el Fondo establece la equivalencia en dólares, y de ésta la equivalencia en cualquier otra moneda puede ser obtenida en base al cambio del día entre tal moneda y el dólar. Dada por ejemplo la equivalencia al 10 de agosto de 1978, 1 DEG=U.S.\$ 1,27505, 835 DEG corresponden a U.S.\$ 1.064,66, mientras 2,5 DEG corresponden a U.S.\$ 3,18. La equivalencia de 12.500 y respectivamente de 37,5 francos POINCARE depende en cambio del hecho de si el valor del otro viene referido al valor oficial o bien al valor de mercado: en el sentido de la importancia del valor oficial véase Corte Suprema Holandesa 14 de abril de 1972, Hornlinje C. Societe Nationale des Petreles Aquitaine, en Derecho Marítimo, 1974 y laudo arbitral del 10 de noviembre de 1972, Perlite C. W. Korts en Zoon, 1974-75; en sentido contrario véase Tribunal de Milán 25 de octubre de 1976, Balkan Bulgarian Air Lines Tammaro, 1978.

El artículo 26 dispone en su párrafo 1 que las sumas mencionadas en el artículo 6 deben ser convertidas en la moneda nacional en un Estado en base al valor de tal moneda a la fecha de la sentencia o bien a la fecha acordada entre las partes, y agrega que el valor de una moneda nacional de un estado contratante que sea miembro del Fondo Monetario Internacional, expresado en derecho especial de giro, debe ser calculado de conformidad con el método de valoración aplicado por el Fondo Monetario Internacional en vigor a la fecha en la cual la conversión se debe efectuar. Al introducir las normas uniformes en su derecho interno, los estados contratantes por tanto, no

deberán convertir las unidades de cuenta expresadas en el artículo 6 en moneda nacional, pero deberán mantener lo-s límites de la responsabilidad del Porteador en derechos especiales de giro, dejando al Juez la posibilidad de efectuar la conversión a la fecha de la sentencia, sobre la base del método de valuación aplicado en aquel momento por el Fondo Monetario Internacional.

De allí que el Juez deberá de oficio, establecer cuál es el método de valoración en vigor para efectuar la conversión y pronunciar la condena en moneda nacional. Las modalidades de la conversión deben ser establecidas en modo expreso por los estados contratantes que no son miembros del Fondo Monetario Internacional. Y también, respecto al límite expresado en Francos POINCARE, por los Estados en los cuales tal límite“ será aplicado.” El párrafo 4 del artículo 26 dispone en efecto, que los estados contratantes que no son miembros del Fondo Monetario Internacional deben comunicar el método de conversión en moneda nacional de los derechos especiales del giro al depositario de la convención (es decir, al Secretario General de las Naciones Unidas) al momento de la firma de la convención o bien al momento del depósito del documento de ratificación, aceptación, aprobación o de adhesión. Los Estados en cambio que utilicen la opción prevista en el inciso 2 del artículo, es decir, aquella de aplicar el límite expresado en francos POINCARE, deben comunicar al depositario de la convención el resultado de la conversión, en tal momento, del Franco Poincaré' en la moneda nacional. En tal modo se realiza una deformidad de aplicación de los límites, porque mientras los límites expresados en derechos especiales de giro vienen convertidos en moneda nacional a la fecha de la sentencia de condena, aquellos expresados en francos Poincaré vienen convertidos en moneda nacional en el momento de la firma, aceptación, apropiación o adhesión, y parece deben posteriormente quedar inalterados con la consecuencia que puedan gradualmente ser erosionados por la pérdida de poder de adquisición de la moneda nacional siendo en cambio este fenómeno, más o menos nivelado en el caso de los derechos especiales del giro porque la conversión viene efectuada sobre la base del “basket” de las monedas de los Estados miembros del Fondo Monetario Internacional.

b) Pérdida del Derecho a la Limitación de la Responsabilidad:

El artículo 8 establece en su párrafo 1 que el porteador no tiene derecho al beneficio de la limitación de la responsabilidad prevista en el artículo 6, si se prueba que la pérdida, el daño o el retardo en la entrega provinieron de una acción o una omisión del porteador realizadas con intención de causar. Tal pérdida, daño o retraso o temerariamente a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso. Ha sido así eliminada la alternativa prevista en el proyecto UNCITRAL, según la cual también el comportamiento de los empleados o agentes podían excluir la aplicación del límite cuando éste se refería a un comportamiento cumplido en directa relación con la mercancía transportada, es decir, en el manejo o en el cuidado de la misma. Esta modificación debe ser indudablemente bien aceptada porque de esa manera se alinea con otras convenciones marítimas recientemente estipuladas, como por ejemplo, la convención de Atenas de 1964, en tema de transporte de pasajeros y sus equipajes, y la Convención de Londres de 1976 en tema de limitación de los créditos marítimos; mientras en ésta última la importancia exclusiva del comportamiento personal del porteador está indicada en términos expresos, en las Reglas de Hamburgo, así como en la Convención de Atenas, y anteriormente en el Protocolo de 1968, dicha importancia debe deducirse de la circunstancia de que la norma hace mención solamente a la acción o a la omisión del porteador, sin hablar de los empleados y agentes, cuyo comportamiento en cambio es tomado en consideraciones apartes, con el fin de excluir a su respecto el beneficio del límite.

Esto constituye un elemento interpretativo de incuestionada importancia, al cual se agrega en las Reglas de Hamburgo algo que puede ser tomado de la circunstancia que el proyecto hace mención de manera específica el comportamiento de los empleados y agentes y que tal mención ha sido en cambio abolida en el texto definitivo.

Un segundo problema que esta norma plantea es el de individualizar la noción de culpa personal el porteador como normalmente sucede es una persona jurídica. El problema de analizar en qué situaciones, donde el porteador sea una persona jurídica, puede hablarse de comportamiento personal, no ha tenido ocasión de ser estudiado en Italia en el campo marítimo. Mientras, en efecto, esto no ha sido antes de ahora tema de importancia en cuanto al transporte se refiere, su importancia en el tema de la responsabilidad armatorial no ha dado nunca lugar a controversias, dado la extrema escasez de procedimientos de limitación, desde cuando el Código de la Navegación está en vigencia. Numerosos precedentes en cambio se producen en la Jurisprudencia de U.S.A.,

donde no sólo los procedimientos de limitación han sido numerosos, sino que la tendencia de los jueces ha sido sobre todo en los últimos decenios a restringir más el beneficio de la limitación, utilizando como instrumento la exclusión legislativa del beneficio en el caso de “fault or privity” del armador. En consecuencia, en diversas ocasiones ha surgido el problema de analizar cuándo se puede hablar de culpa personal del armador; y el problema ha sido resuelto calificando como culpa personal, la culpa de los dirigentes de la sociedad que tienen poder de decisión en cuanto a uno o más aspectos del ejercicio de la nave. En el caso Federación Italiana de los Consorcios Agrarios contra Mandask Compañía de Vapores 1968 A.M.C. 315 la Court of Appeals de USA. (Il Cire) ha excluido el beneficio de la limitación aprobando la decisión de la Corte Distrital, la cual había afirmado la no delegabilidad de la obligación de ejercer la razonable diligencia y había precisado que el armador había “asistido a las reparaciones (cuya ejecución negligente había causado el siniestro) por medio de representantes autorizados que habían actuado en nombre del armador. En la siguiente nota viene precisado un comentario de tal afirmación (pág. 332 nota 6):

The representatives of the defendant appelle corporation, who were present at the Alabama Shipyard a substantial part of the time during which the repairs of which they were in charge were being made, were sufficiently high in the managerial hierarchy of the appellant so that their general and detailed knowledge and their close privity to the repair project was imputed to the corporation.

Esta expresión, tan empleada en las Cortes de USA., así ha sido comentada por Gilmore and Black the Law of Admiralty, pág. 701

How high is “sufficiently high” will depend on the facts of particular cases, some of which will shortly be reviewed. It should be borne in mind, however, that as the range of factual situations is infinitely varied, the value of caselaw precedents is correspondingly weak.

Una ampliación de la noción de culpa del porteador podría ser encontrada en el párrafo 4 del artículo 9, el cual dispone que la carga sobre cubierta en contravención del acuerdo expreso de carga bajo cubierta se considera una acción u omisión del porteador en el sentido del artículo 8. De la formulación de esta norma en verdad parece deberse deducir que el mero hecho de la carga sobre cubierta en la situación en ella contemplada, determina la pérdida del beneficio de la limitación independientemente de la persona que toma la decisión. Debe notarse que esta persona podrá en ocasiones ser un funcionario del porteador, la nave se encuentra en un puerto en el cual el porteador tiene su propia sede; un funcionario del agente del porteador; o bien el capitán o, más probablemente, el primer oficial de la nave.

Ya que en relación a tales personas difícilmente podrían hablarse de culpa personal del porteador, el problema que se presenta es aquel de determinar si esta norma constituye una derogación al principio general establecido en el artículo 8, según el cual solamente la culpa personal del porteador, así como se califica en tal artículo, determina la pérdida del derecho al beneficio de la limitación () bien si, al contrario, ella constituye una aplicación de la norma general la cual por tanto debe ser interpretada á la luz de lo establecido en el artículo 9, párrafo 4.

En consideración a las observaciones expuestas con anterioridad, parece que la primera alternativa sea preferible, porque de un lado subsisten suficientes elementos para la interpretación en el sentido ya dicho en el artículo 8 párrafo 1, y por otra parte, la misma circunstancia de una previsión específica en el artículo 9, párrafo 4, de las consecuencias de la carga sobre cubierta en contraste con un acuerdo específico revela el carácter excepcional de la norma. Como quiera que los precedentes a que nos hemos referido no deben necesariamente ser tornados en consideración en los otros países, no hay duda de que el problema de la noción de la culpa personal del porteador a los fines de la exclusión del beneficio del límite podrá no sólo determinar diversas controversias, sino también diformidad de aplicación del principio en los diferentes. ordenamientos. Un ulterior problema que surge y que de todas formas hubiese surgido con el Protocolo de 1968, es el de acertar el significado preciso de la fórmula “una acción o una omisión del porteador realizadas con intención de causar tal pérdida, daño o retraso o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso”.

Un claro análisis de la expresión “recklessly” (traducida “temerariamente” en el texto español de la Convención) se cumple para Devlen J., en el caso de Albert E. Reed & Co., Ltda., C. London & Rochester Trading Co., Ltda., (1954) y Lloyd's Rep. 463 en los siguientes términos:

The term “Recklessly”, I think, does not really give rise to much difficulty. It means something more than mere negligence or inadvertence. I think it means deliberately running an unjustifiable risk. There is not anything necessarily criminal, or even morally culpable, about running an unjustifiable risk; it depends in relation to what risk is run; it may be a big matter or it may be a small matter. If I go out on a cold afternoon and forget to take my overcoat with me, that may be mere inadvertence, and not recklessness at all; it may be carelessness and not recklessness. If I decide that I will not take my overcoat with me although I know quite that I may catch cold if I do not, I run the risk of catching cold, and I run that risk deliberately, although it may not be a very serious matter. I think that is the

sort of recklessness that has to be considered in this case. It does not involve, in the circumstances of this case, a reckless disregard of human life or anything of that sort, but is sufficient that in relation to the cargo which the barge is intended to carry, the company, or somebody in it who is in this connection responsible, should be deliberately running an unjustifiable risk of this kind of cargo being damaged.

5) Carga Sobre Cubierta:

El artículo 9 de las Reglas de Hamburgo establece en el párrafo 1 que el porteador tiene la facultad de transportar las mercancías sobre cubierta sólo si hay conformidad con un acuerdo celebrado con el cargador o con los usos del comercio de que se trate, o si lo exigen las disposiciones legales vigentes. Este artículo establece luego en el sucesivo párrafo que en el caso de acuerdo con el cargador para el transporte en cubierta, el porteador debe incluir una declaración a tal efecto en el conocimiento de embarque u otro documento de prueba del contrato de transporte marítimo en su defecto el acuerdo no es oponible a un tercero adquirente de buena fe del conocimiento de embarque.

La necesidad de una mención en el conocimiento de embarque de la carga sobre cubierta está prevista por tanto solamente en la hipótesis en la cual ésta tenga lugar como consecuencia de un acuerdo con el cargador; en cambio no es necesaria cuando la carga en cubierta se efectúa en conformidad a un uso o a las disposiciones legales.

Mientras esta primera parte de la disciplina de la carga sobre cubierta no pareciera presentar particulares dudas interpretativas, perplejidad en cambio puede surgir en relación a la precisa interpretación del párrafo 3 de este artículo, el cual dispone que la carga sobre cubierta en contravención de lo dispuesto en los precedentes párrafos comporta la responsabilidad del porteador no obstante las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5 cuando la pérdida o el daño y también el retraso dependen exclusivamente del transporte en cubierta. El inciso no obstante las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5 no tiene la función de contraponer el sistema de responsabilidad contenido en la norma examinada con el sistema general, sino que pretende aclarar que la carga indebida en cubierta de la mercancía excluye la posibilidad del porteador de exonerarse de responsabilidad presentando la prueba de que él y sus empleados y agentes han adoptado todas

las medidas que podrían ser razonablemente requeridas para evitar el daño y sus consecuencias cuando la pérdida, el daño o el retraso dependen exclusivamente de esta forma de transporte de la carga. Por tanto, el régimen normal de la responsabilidad tiene vigencia cuando resulte que el hecho dañoso se habría verificado de todas formas aunque la mercancía hubiese sido cargada en cubierta.

No está claro a quién corresponde la carga de la prueba. La formulación de la norma parece justificar la conclusión de que el régimen particular en ella previsto teniendo carácter excepcional, puede ser aplicado solamente cuando quién lo alegue demuestre la existencia de los presupuestos a los cuales se encuentra condicionado.

De esto se desprende que está a cargo del titular del derecho a las mercancías demostrar que la pérdida, el daño o el retraso de las cosas transportadas son producidos exclusivamente por su carga sobre cubierta. Por último, debe notarse que esta norma prevé en modo expreso que la carga sobre cubierta, salvo que sea dispuesta en contravención a un acuerdo específico en sentido contrario, no impide al porteador de beneficiarse del límite de responsabilidad establecido en el artículo 6, salvo que no se produzcan casos de decadencia o de pérdida del beneficio como consecuencia del artículo 8. Por otra parte, el hecho de la carga sobre cubierta en contravención del párrafo 1 y 2 del artículo 9, no constituye por si mismo, salvo como se ha señalado, la hipótesis de que sea efectuado en contravención de un acuerdo específico en sentido contrario, un comportamiento que determine la pérdida del beneficio del límite.

6) Transporte Unitario con Sub-Transporte y Transporte con Reenvío:

Los artículos 10 y 11 disciplinan respectivamente el transporte unitario con sub-transporte y el transporte con reenvío. El primero, derogando los principios generales, atribuye al titular de derecho sobre las mercancías, una acción directa contra el porteador efectivo, por daños dependientes de pérdidas, avería o retraso verificados cuando las mercancías estén bajo su custodia.

La distinción entre transporte unitario con sub-transporte y transporte con reenvío, está establecida en el artículo 11, párrafo 1, el cual dispone que el contrato puede excluir la responsabilidad del porteador por pérdida o daño o retraso dependiente de un hecho que se verifica cuando las mercancías están bajo la custodia del porteador efectivo, en caso de que se prevea explícitamente que una parte individualizada del transporte, objeto del contrato, debe ser efectuada por una persona distinta del porteador, la cual se especifica en el contrato.

La primera consideración que debe hacerse sobre esta norma es la circunstancia de que en ella se consienta al porteador de exonerarse de la responsabilidad por pérdida, daño o retraso, verificando cuando las mercancías estén en custodia del porteador efectivo. Implica la existencia de tal responsabilidad y en consecuencia, necesariamente, la existencia de una prestación del porteador que se extiende también a la fase del transporte cumplida por el porteador efectivo. De esto se desprende que el transporte con reenvío no es una categoría jurídica en la cual el porteador delimita su propia prestación al transporte de las mercancías, cumplido sobre la propia nave, y asume para la fase sucesiva (o la fase anterior) la mera prestación del expedidor, sino es siempre un contrato unitario teniendo por objeto el transporte de las mercancías desde el punto de origen hasta el punto final de destinación, con la sola facultad del porteador de exonerarse, si subsisten los presupuestos de responsabilidad para el período en el cual las mercancías están bajo la custodia de otro porteador. Los presupuestos para la validez de la exoneración son dos, es decir, la determinación en el contrato (normalmente en el conocimiento de embarque) del trayecto del transporte que el porteador pretende hacer ejecutar a otros, con indicación del lugar del transbordo de su nave a aquella del otro porteador y del lugar de descarga de la nave de este último, sea que... ello coincida con la destinación final de las mercancías o no. El segundo requisito es aquel de la indicación en el contrato o en el conocimiento, del nombre del segundo porteador, con la consecuencia de que el porteador que asume el transporte debe, al momento de la celebración del contrato o de emisión del conocimiento, estar en grado de establecer no sólo dónde se efectuará el transbordo, sino que también a que porteador le confiará las mercancías.

Una ulterior indicación en tal sentido, es hecha en la última disposición contenida en el párrafo 1 del artículo 11, según la cual la exoneración de la responsabilidad no es operante en el caso de que el consignatario no puede iniciar una acción en contra del porteador efectivo, ante un Juez competente de acuerdo a la norma del artículo 24 párrafo 1 y 2.

7) Responsabilidad del Cargador:

El artículo 12 de las Reglas de Hamburgo establece una regla general en relación a la responsabilidad del cargador, estableciendo que éste no es responsable por daños sufridos por el porteador o por el porteador efectivo o por avería sufrida en la nave, a menos que tal daño o avería no sea causada por culpa del cargador o de sus dependientes o agentes. Por cuanto esta norma no disciplina en modo expreso la distribución de la carga de la prueba, parece evidente en la misma formulación de la norma, que la imputabilidad del daño o de la avería o culpa del cargador, constituye un elemento constitutivo de su responsabilidad y debe por eso ser probado por el porteador.

Este principio está derogado en lo que concierne al transporte de mercancías peligrosas, en cuanto al sucesivo artículo 13 que disciplina en modo específico el transporte de tales mercancías, dispone que el cargador es responsable frente al porteador o al porteador efectivo, por el daño causado por la carga de la mercancía peligrosa en caso de que él haya omitido informar al porteador del carácter peligroso de aquella, a los fines de las precauciones que deban ser adoptadas, y el porteador no tenga conocimiento del carácter peligroso de las mercancías. En esta situación el porteador tiene la carga de probar la existencia del daño y su dependencia del carácter peligroso de las mercancías cargadas y la omisión del cargador de suministrar indicaciones en relación al carácter peligroso de las mercancías, sin necesidad de demostrar en modo específico la culpa del cargador ya que la omisión señalada constituye: por si misma un comportamiento culposo. Alguna perplejidad surge en cambio acerca de la prueba de la falta de conocimiento por otras vías, por parte del porteador del carácter peligroso de las mercancías; en verdad no está claro si el porteador debe suministrar también tal prueba negativa para " poder actuar contra el cargador o bien si en cambio éste último para excluir la propia responsabilidad, tiene que demostrar tal conocimiento por parte del porteador. La formulación de la norma parece favorable a la primera alternativa, en el sentido de que la responsabilidad del cargador está basada en la omisión y en la falta de conocimiento por otras vías por parte del porteador del carácter peligroso de las mercancías, aun cuando la lógica debía en cambio llevarnos a la opuesta conclusión. La formulación de esta norma se diferencia de aquella general contenida en el artículo 12, en que mientras ésta última habla de daños sufridos por el porteador o de averías sufridas por la nave, la norma especial en relación a las mercancías peligrosas se limita a afirmar la responsabilidad del cargador por el daño causado por la carga de las mercancías peligrosas; no obstante la diversa formulación, parece poderse excluir que con ella se

Haya pretendido reducir la responsabilidad del cargador, solamente a una categoría de los daños mencionados en el artículo 12, con la exclusión de las averías sufridas por la nave. La disciplina de las situaciones en las cuales el cargador es responsable no está del todo clara, porque mientras en el precisar las obligaciones de información del cargador, el inciso 2 del artículo 13 dispone que éste debe informar al porteador no sólo del carácter peligroso de las mercancías sino que en la medida que sea necesario, de las precauciones que deben ser adoptadas. Cuando describe las situaciones en las cuales el cargador asume la responsabilidad se habla al lado de las contravenciones por parte del cargador de tales obligaciones, solamente del conocimiento por parte del porteador del carácter peligroso de las mercancías, sin referirse al conocimiento por su parte de las precauciones que deben ser adoptadas para evitar siniestros en las circunstancias en las cuales la adopción de las mismas sea importante. Parece lógico que en los casos en que el cargador deba no sólo indicar el carácter peligroso de las mercancías, sino también las precauciones que deban ser adoptadas, el simple conocimiento del porteador de tal carácter y su ignorancia sobre las precauciones a adoptarse, no puede ser suficiente para excluir la responsabilidad del cargador. Otro problema que se presenta en cuanto a esta norma es aquel de la relación entre el párrafo 1 y 2 del artículo 13. En verdad el párrafo 1 obliga al cargador a indicar con claridad sobre la peligrosidad de las mercancías, por lo cual cabe preguntarse si cuando el cargador cumple tal obligación, subsiste siempre la obligación ulterior de informar al porteador del carácter peligroso de la mercancía. La respuesta parece ser afirmativa, porque la obligación de información está expresamente establecida en el párrafo 2, y por que no es susceptible de hipótesis que ello haya sido previsto en situaciones en las cuales las mercancías no están marcadas de manera adecuada, habiéndose previsto la obligación en el párrafo precedente en términos generales; parece que el cargador debe, en cada caso, cumplir con la obligación de informar antes dicha. La circunstancia que las mercancías sean debidamente marcadas como peligrosas puede en cambio constituir un elemento de prueba del conocimiento por parte del porteador del carácter peligroso de las mercancías. Independientemente de la existencia de una violación por parte del cargador de las obligaciones anteriormente examinadas. Subsiste siempre la facultad del porteador de desembarcar o hacer inofensiva las mercancías peligrosas que crean un efectivo peligro para la vida humana o para las cosas.

Emisión y Valor Probatorio del Conocimiento de Embarque

a) Emisión del Conocimiento de embarque:

El artículo 14, párrafo 1 prevé la obligación del porteador de emitir, a solicitud del cargador, un conocimiento o recibo por el embarque en el momento en el cual se haga cargo de las mercancías; por otra parte, el artículo 15, párrafo 2, prevé la obligación del porteador de emitir un conocimiento de embarque, a solicitud del cargador, cuando las mercancías son cargadas a bordo de la nave. En el párrafo 2 del artículo 14, se dispone luego que el conocimiento de embarque debe ser suscrito por una persona autorizada al efecto por el porteador, y agrega que el conocimiento de embarque firmado por el Capitán de la nave que transporta las mercancías debe considerarse firmado por cuenta del porteador. El problema que se presenta es aquel de determinar si esta formulación tiene el mismo efecto de aquella según la cual el Capitán debe considerarse autorizado para la firma del conocimiento de embarque, o bien tiene una interpretación más amplia es decir, aquella de crear una presunción *juris et de jure* en el sentido de que el Capitán firmando el conocimiento actúe por cuenta del porteador y, cuando el porteador sea una persona diversa del armador, por cuenta de éste último.

Si esto fuere así, la nueva normativa vendría a modificar un principio vigente en el Common Law, es decir, de aquel que el armador responde siempre de la pérdida o de los daños a las cosas transportadas aun cuando el transporte haya sido asumido por otros. Una ulterior consecuencia de la norma sería la de destruir un criterio comúnmente adoptado para la individualización del porteador en el caso de que su nombre no sea claramente indicado en el conocimiento, es decir, que a falta de diversa precisión debe considerarse que el Capitán actúa en virtud de sus poderes legales de representación del armador.

b) Contenido del conocimiento, recibo para el embarque y del conocimiento de embarque

El artículo 15 describe todos los datos que debe contener el conocimiento de embarque, cuyo número es mayor de aquél previsto en la Convención de 1924. El sucesivo párrafo 3 de este artículo contiene una aclaratoria de extrema importancia al decir que la omisión de uno o más de los datos previstos en el precedente párrafo 1, no perjudica la naturaleza jurídica del título a continuación que éste responda los requisitos previstos en el artículo 1 párrafo 7, según el cual el conocimiento de embarque debe constituir la prueba del contrato de transporte, del recibo de las mercancías por parte del porteador o de su carga y de la asunción por parte del porteador de la obligación de entregar las mercancías contra la presentación del título. Sobre este punto-, debe notarse que uno de los elementos constitutivos del conocimiento de embarque según la Convención, es su carácter de documento del contrato de transporte, carácter que en cambio el título de crédito representativo puede no tener actualmente en ciertos ordenamientos jurídicos.

c) Valor Probatorio del Conocimiento de Embarque:

La disciplina de las reservas en relación a las mercancías entregadas al porteador para ser embarcadas o cargadas sobre la nave, se diferencia de aquella contenida en la Convención de 1924 y en el Protocolo de 1968, en que según el artículo 16, párrafo 1, el porteador no tiene la facultad de omitir la inserción en el conocimiento de los datos que él considera inexactos y de cuya veracidad él tiene razonables motivos para sospechar, o bien no tiene adecuados medios para verificar; pero tiene la obligación y no la posibilidad de introducir en el conocimiento las reservas, especificando las inexactitudes y los motivos de sospecha o la falta de razonables medios de control. El párrafo 3 del artículo 16 dispone que a excepción de aquellos datos acerca de los cuales se haya hecho reserva, el conocimiento de embarque establecerá presunción de la recepción de las mercancías o de su carga a bordo de la nave", a menos que se pruebe lo contrario, precisándose que dicha prueba no es admisible contra el porteador de buena fe. La formulación del párrafo 3 indica que aquello que según el párrafo 1 es aparentemente una obligación en realidad es sólo una carga ya que su omisión produce solamente el valor probatorio *juris tantum* o *iuris et iure* de las indicaciones contenidas en el conocimiento.

Las reservas contempladas en el párrafo 1. son de 3 tipos, es decir: aquella que concierne a las inexactitudes de los datos contenidos en el conocimiento; aquella que concierne a los datos respecto de los cuales el porteador tiene razonables motivos para sospechar de que no son exactos y por último, aquellas que conciernen a los datos que el porteador aún no teniendo razón para considerarlos inexactos, no tiene medios razonables para controlar. En el primer caso, el porteador tiene la obligación de especificar las inconformidades, en el segundo tiene la carga de precisar cuáles son los motivos de sospecha de la inexactitud de los datos y en el tercero, él tiene la carga de indicar la ausencia de razonables medios de control. Esto comporta la insuficiencia no sólo de las reservas contenidas e impresas en el conocimiento de embarque, sino también de las reservas puestas sobre el texto del conocimiento mediante sello O máquina como “dice ser”, “dice pesar”, etc., en cuanto ninguna de éstas responde a alguna de las tres hipótesis contempladas en la norma. Especificar la inexactitud en verdad parece significar no sólo individualizar cuáles datos a juicio del porteador son inexactos, sino por qué y luego incluir los datos exactos; especificar los motivos de sospecha significa no solamente indicar en el conocimiento que se tiene motivos de sospecha acerca de la exactitud de los datos, sino _indicar cuáles son tales motivos, es decir, por ejemplo, que el peso de los bultos parece ser inferior a aquél declarado, ya que de otro modo los bultos no podrían ser tan fácilmente manejados. Más dudosa se presenta en cambio la naturaleza de las indicaciones relativas a la ausencia de razonables medios de control, ya que de la formulación de la norma no está claro si sea suficiente precisar que el porteador no ha tenido razonables medios de control sobre las declaraciones del cargador, o bien si es necesario motivar tal afirmación; razones de equilibrio entre las varias reservas hacen más probables esta segunda alternativa, en cuanto de otro modo en la hipótesis en examen las reservas asumirían un carácter extremadamente genérico.

El artículo 16 no pone a cargo del porteador la obligación de indicar las condiciones aparentes de las mercancías. Sólo se limita a precisar que la ausencia de una indicación al respecto, equivale a la específica declaración que las mercancías han sido recibidas en aparente buen orden y condiciones. En su párrafo 4, el artículo en examen regula las consecuencias de la falta de indicación en el conocimiento del flete pagable et destino o de las contra-estadías producidas en el puerto de carga y no pagadas, y precisa que eso constituye una presunción iuris tantum en el sentido de que ningún importe es pagable por parte del consignatario a título de flete o de contra estadía, agregando luego que la prueba en contrario no es admisible cuando el conocimiento haya sido transferido a un tercero giratorio de buena fe.

d) Eficacia y Validez de la Carta de Garantía

El párrafo 3 del artículo 17 dispone que la carta de garantía es ineficaz frente al tercer giratorio del conocimiento, sin precisar si también en este caso deba subsistir el requisito de la buena fé. El sucesivo párrafo 3 dispone a su vez que la carta de garantía es válida respecto al cargador, a menos que el porteador al omitir la inserción en el conocimiento de las reservas, haya tenido intención de defraudar a un tercero que actúe sobre la base de la descripción de las mercancías contenidas en el conocimiento; precisando que en tal caso, si las reservas omitidas se relacionan con datos suministrados por el cargador para ser incluidos en el conocimiento, el porteador no tiene respecto del cargador la acción de daños prevista en el párrafo 1 del artículo.

La formulación de la primera parte de esta norma parece indicar que la carga de probar la intención fraudulenta del porteador, corresponde al cargador frente al cual el porteador trata de hacer valer la garantía. En realidad la intención fraudulenta del porteador no subsiste porque el porteador está perfectamente conciente que por efecto de la omisión de la reserva en el conocimiento él está obligado a indemnizar al tercer portador de buena fé del título por la diferencia entre las condiciones de las mercancías descritas en el conocimiento y aquellas efectivas. La intención fraudulenta será... normalmente aquella del cargador el cual busca, obteniendo un conocimiento neto, de negociar los documentos y obtener el pago del precio de las mercancías, no obstante que las mismas no corresponden a la descripción contractual. Parece pues que sea muy difícil el que se verifique, en base a la Convención, la hipótesis de la nulidad de la carta de garantía. La intención fraudulenta del porteador tiene importancia no sólo en lo que respecta al cargador emisor de la carta de garantía, si no también respecto al tercer portador del título, el cual pida el resarcimiento del daño dependiente de la disconformidad entre las condiciones reales de la mercancía y aquellos resultantes del conocimiento de embarque; si tal intención existe, el porteador no puede valerse del beneficio de la limitación de la responsabilidad bajo este aspecto la intención fraudulenta podría subsistir en la hipótesis en la cual el porteador conscientemente haya consentido en omitir la inserción en el conocimiento de reservas cuya relevancia económica sería superior al límite de la responsabilidad, con la consecuencia luego de que _él estaría obligado a responder de las reales condiciones de las mercancías por una cifra inferior a aquellas del daño efectivo que el consignatario haya sufrido.

Una situación subjetiva de este género es difícilmente hipotizable, con la consecuencia de que, en realidad, esta norma no confiere al consignatario tercero portador del conocimiento una tutela suficiente. Habría sido en verdad mucho más razonable prever que en cada caso, prescindiendo de su intención fraudulenta o no, el porteador, el cual omite incluir en el conocimiento reservas en relación a las efectivas condiciones de las mercancías al momento de su recibo o de la carga, responde.

9) Reclamación del Daño Prescripción:

a) Reclamación del daño:

Los párrafos 1, 2, y 3 del artículo 19 reproducen la normativa de la Convención de Bruselas de 1924, con la sola diferencia que en el caso de daños aparentes, el término para la reclamación no coincide con la entrega, sino que vence el día sucesivo y para los daños no aparentes es de 15 en vez de 3 días.... Así como en la Convención de 1924, el efecto de la no reclamación es una presunción de entrega conforme, lo que en realidad no cambia la distribución de la carga de la prueba; en cuanto en cada caso, corresponde consignatario, como resulta del artículo 5 párrafo 1, la carga de probar la existencia de una pérdida o de una avería ocurrida en el período en el cual las mercancías han estado bajo custodia del porteador. Una indirecta confirmación de esto puede ser tomada de la disciplina paralela dada en el artículo 19 párrafo 7 para la presunción que surge en la hipótesis en la cual el porteador no comunique al cargador la pérdida o el daño que ha sufrido por hecho imputable a éste último dentro de los 90 días del evento; también en la tal hipótesis, en verdad, la consecuencia de la omisión es la presunción de que el porteador no haya sufrido ninguna pérdida o daño, consecuencia ésta que claramente no cambia la distribución de la carga de la prueba, porque en cada caso es el porteador quién debe demostrar de haber sufrido una pérdida o un daño imputable a culpa del cargador.

b) Prescripción

Mientras la Convención de 1924 dispone en su artículo 4 párrafo 6, que la responsabilidad del porteador por pérdida o daño a las cosas transportadas desaparece si la acción no es promovida dentro del año de la entrega e indica claramente que el transcurso del término afecta al derecho, tal como ha sido recientemente puesto en clara evidencia por la House of Lords en el caso *ARIES TANKER CORP. C. TOTAL TRANSPORT LTD.*, (Diritto Marittimo, 1977, 492), el artículo 20 de las Reglas de Hamburgo dispone en su párrafo 1, que cualquier acción relativa al transporte de mercancías en base a la Convención está prescrita si un procedimiento judicial o arbitral no es iniciado en un período de dos años. Sin embargo, si bien lo que sea afectada por el transcurso del término sea la acción y no el derecho, el término aun cuando el transcurso pueda ser solamente impedido o interrumpido por el ejercicio de la acción, tiene la naturaleza de la prescripción y no de la caducidad, como surge claramente de la circunstancia de que en el texto español de la Convención la expresión “limitation of action” ha sido traducida por “prescripción de las acciones”.

El término de prescripción, que ahora es de dos años, inicia, según dispone el párrafo 2 del artículo 20, el día en el cual el porteador haya entregado las mercancías o parte de ellas, o en el caso de que no se hayan entregado las mercancías el último día en que deberían haberse entregado. Para individualizar el momento de la entrega ocurre aplicar

los criterios establecidos en el artículo 4 párrafo 2 (b) , que, como ya se ha expresado-, trae la hipótesis tres diversas situaciones, es decir el transferimiento de la detentación al consignatario, la entrega al consignatario de las mercancías de conformidad con el contrato, las leyes o a los usos del puerto de descarga, o bien el transferimiento de la detención a una autoridad u otro a quienes, según las leyes o los Reglamentos aplicables en el puerto de descarga, las mercancías le deb-an ser entregadas.

En algunos países, por ejemplo en Italia, no obstante que la descarga se efectúa siempre con las modalidades descritas en la tercera hipótesis contemplada por esta norma, la jurisprudencia ha constantemente considerado que la entrega puede identificarse solamente con el retiro de las mercancías de los depósitos portuarios. La nueva normativa tendrá, luego, en tales países el efecto de anticipar el momento de la entrega a la descarga, en ventaja del porteador.

La afirmación contenida en el párrafo 2 del artículo 20 de que el período de prescripción comienza a correr el día de la entrega de las mercancías o de partes de las mismas no tiene la función de hacer transcurrir el término (en el caso en que la entrega dure diversos días) desde el día en el cual la mercancía dañada o parcialmente faltante es entregada, sino la función regula el transcurso del término en la hipótesis en la cual no todas las mercancías entregadas al porteador para el transporte vengán entregadas, con la consecuencia que el término transcurre siempre desde el último día de la entrega. Esto está claro por la ulterior precisión en el mismo párrafo que cuando ninguna mercancía viene entregada, la prescripción transcurre desde el último día en el cual la entrega debería haberse efectuado. Esta última situación estaba ya prevista por la Convención de 1924; la nueva normativa se diferencia de aquella sólo en cuanto ella prevé el transcurso de los criterios establecidos en el artículo 4 párrafo 2 (b) , que, como ya se ha expresado, trae la hipótesis tres diversas situaciones, es decir el transferimiento de la detentación al consignatario, la entrega al consignatario de las mercancías de conformidad con el contrato, las leyes o a los usos del puerto de descarga, o bien el transferimiento de la detención a una autoridad u otro a quienes, según las leyes o los Reglamentos aplicables en el puerto de descarga, las mercancías le deban ser entregadas. En algunos países, por ejemplo en Italia, no obstante que la descarga se efectúa siempre con las modalidades descritas en la tercera hipótesis contemplada por esta norma, la jurisprudencia ha constantemente considerado que la entrega puede identificarse solamente con el retiro de las mercancías de los depósitos portuarios. La nueva normativa tendrá, luego, en tales países el efecto de anticipar el momento de la entrega a la descarga, en ventaja del porteador. La afirmación contenida en el párrafo 2 del artículo 20 de que el período de prescripción comienza a correr el día de la entrega de las mercancías o de partes de las mismas no tiene la función de hacer transcurrir el término (en el caso en que la entrega dure diversos días) desde el día en el cual la mercancía dañada o parcialmente faltante es entregada, sino la función regula el transcurso del término en la hipótesis en la cual no todas las mercancías entregadas al porteador para el transporte vengán entregadas, con la consecuencia que el término transcurre siempre desde el último día de la entrega. Esto está claro por la ulterior precisión en el mismo párrafo que cuando ninguna mercancía viene entregada, la prescripción transcurre desde el último día en el cual la entrega debería haberse efectuado.

Esta última situación estaba ya prevista por la Convención de 1924; la nueva normativa se diferencia de aquella sólo en cuanto ella prevé el transcurso del término desde el último día en el cual la entrega habría debido efectuarse, en vez de iniciar en forma genérica desde la fecha en la cual ésta habría debido efectuarse. La diferencia de formulación no parece referirse a la hipótesis de entregas que duran varios días, sino a aquellas de una inexactitud sobre la fecha efectiva de la entrega o cuando menos de la existencia de un término mínimo o máximo entre el cual la entrega habría debido efectuarse, en la cual las sucesivas disposiciones que conciernen a la prórroga del término y el término para la acción de repetición reproducen aquellas disposiciones correspondientes al protocolo de 1968 y no parecen haber dudas interpretativas al respecto.

10) jurisdicción y Arbitraje:

a) Jurisdicción:

El principio fundamental en el cual se inspira la normativa de la Convención es aquél según el cual el pacto de la elección de la jurisdicción exclusiva a un Tribunal elegido por las partes es vinculante sólo si dicho pacto interviene después de surgir la controversia, cuando antes de tal momento el Tribunal preseleccionado se presenta en alternativa con aquellos previstos en la Convención, que son: el establecimiento principal o la residencia habitual del demandado; el lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; el puerto de carga o el puerto de descarga, siempre que el juez en cuya circunscripción tales lugares se encuentran tengan jurisdicción según los principios establecidos por “lex fori”.

El artículo 21 establece además en su párrafo 2 que una acción puede ser ejercida también ante el juez del estado contratante en el que la nave que efectúe el transporte o cualquier otra nave de la misma propiedad haya sido secuestrada de conformidad con las normas aplicables de la legislación de ese estado y del derecho internacional, pero agrega después que en tal hipótesis, si lo solicita el demandado, el demandante debe trasladar el juicio, a su elección, ante el tribunal de una de las jurisdicciones a que se refiere el párrafo 1 de este artículo con la condición de que el demandado presente garantía suficiente para asegurar la ejecución de la sentencia. Mientras en su primera parte esta norma evita un conflicto entre la Convención de Hamburgo y la Convención de Bruselas de

1952 sobre el secuestro preventivo de naves, en su segunda parte, donde prevé la facultad del demandado de pedir el desplazamiento del juicio a uno de los lugares previstos en el párrafo 1 del artículo 21, está claramente en contraposición con la Convención de 1952. Esta última en efecto, en su artículo 7 atribuye la jurisdicción de mérito al juez del lugar en el cual el semestre ha sido realizado, en base a criterios de conexión diversos de aquellos previstos en el artículo 21 párrafo 1, tal como: la residencia habitual o el establecimiento principal del demandante y el hecho de que el reclamo surja en el curso del viaje en el cual el secuestro ha sido efectuado.

En el texto del párrafo 2 del artículo 21 no está del todo claro en qué lugar el demandado debe presentar la garantía a fin de conseguir el desplazamiento del juicio ante uno de los jueces competentes, de conformidad con el inciso 1. Si bien en la norma prevé que el valor de la naturaleza y de la entidad de la garantía sea de exclusiva competencia del juez del lugar en que el secuestro ha sido efectuado, parece evidente que dada la función misma de la garantía, que es aquella de asegurar la ejecución de la sentencia, ella deba ser presentada en el lugar donde reside el juez ante el cual el demandante inicia el juicio. Una vez que el demandado valiéndose de la facultad que se le concede en esta norma pide al demandante que siga el juicio ante uno de los jueces competentes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 21, el demandante debe comunicar al demandado cuál es el juez por a seleccionado y el demandado debe presentar ante tal juez o dentro de su circunscripción una garantía suficiente a fin de asegurar la ejecución de la sentencia que podría ser pronunciada.

b) Arbitraje

Las partes podrían pactar someter las controversias futuras bien las controversias ya presentadas a arbitraje, pero mientras en éste último caso, analógicamente a lo establecido en relación a la jurisdicción ordinaria, pueden escoger en modo exclusivo el lugar donde el arbitraje deba efectuarse, en el primer caso la sede antes escogida se presenta como alternativa con las sedes contempladas en el párrafo 3 del artículo 22 que establece criterios de enlace correspondientes a aquellos previstos en el párrafo 1 del artículo 21 respecto a la jurisdicción ordinaria. Esto puede crear dificultades no fácilmente superables en el caso en el cual los contratantes recurran a una forma de arbitraje institucional cuyas normas prevean en modo específico-que el arbitraje debe realizarse en la sede de la institución y no sean normas fácilmente adaptables al desarrollo del arbitraje en un lugar diverso. Esto se verifica por ejemplo en todos los reglamentos arbitrales de los países socialistas tales como The Rules of Procedure of the Maritime Arbitration. Commission del China Council for the Promotion of International Trade, The Rules of Procedure Maritime of the International Court of Arbitration de Gdynis.

El artículo 22 contiene en el párrafo 2 una norma específica en relación a la oportunidad de la cláusula arbitral contenida en el fletamento al portador del conocimiento de embarque disponiendo que la cláusula es eficaz frente al tercer portador de buena fe del conocimiento, sólo cuando éste último se refiere específicamente a la misma cláusula previendo su carácter vinculante en relación al portador del título. La Convención por eso acoge el principio de la eficacia del reclamo efectuado por "relationem perfectam" según los criterios sostenidos por la Corte de Casación Italiana en sentencia del 12 de mayo de 1969 (Foro it 1969 1, 1968), en el caso de Assicurazioni Generali C. Agenzia Marittima Tirreno, además de House of Lords en el caso de Thomas and Co. v. Port Sea Steamship Co., (12 asp. M.L. C. 23) aunque la exigencia de un reclamo específico no parece haber sido confirmado con las sucesivas decisiones, entre los cuales se recuerdan los casos The "Merak" (1964) Lloyds Rep. 150 y The "Phonizien" (1966) 1 Lloyds Rep. 150.