

EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS POR MAR, BAJO EL RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE, Y LA CONVENIENCIA DE LA APROBACIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS DE ROTTERDAM. SUGERENCIAS PARA UNA REFORMA LEGAL EN EL ECUADOR

Ider J. Valverde Farfán*

Palabras claves:

Conflicto, Porteador, Cargador, Créditos documentarios, Vicios inherentes, Reglas de Róterdam, Reglas de Hamburgo, Reglas de La Haya- Viby, Aviso de pérdidas y daños, Roles de Oleron, Libertad contractual, Parte ejecutante marítima, Contrato de fletamento, Conocimiento de embarque, Indemnización y responsabilidades. Código de Manú, Código Teodosiano, Código de Hammurabi, Código Justiniano.

I INTRODUCCIÓN

El Contrato de Transporte es, sin duda alguna, uno de los contratos más populares y trascendentales en la vida comercial de la humanidad. Junto con el Contrato de Compraventa y, el Contrato de Seguro, el contrato de transporte forma parte del corazón mismo del derecho mercantil y del desarrollo del comercio a nivel mundial. Como parte del derecho mercantil, el contrato de de transporte fue evolucionando en el

* Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas.
Catedrático Universitario
Consultor de Empresas Nacionales e Internacionales

tiempo, se originó primero en el uso de las prácticas y costumbres de los mercaderes de los primeros tiempos, luego sufrió cambios y avances con el advenimiento de la legislatura y, finalmente, con la Revolución Francesa, sufrió cambios trascendentales entrando a la era de la codificación¹. En nuestro país, el Libro Tercero del Código de Comercio contiene la normativa de la actividad marítima extensamente abordada, como parte de un cuerpo legal creado en 1906, encontrándose obsoleta, ya que originalmente fue diseñada para la navegación a vela, la misma que ha sido sobrepasada por la tecnología del transporte moderno, desde hace ya más de 50 años.

En los tiempos modernos, a partir de los primeros años del Siglo XX, el mundo mercantil internacional se percató de la importancia y necesidad de la “unificación de normas” y de la “estandarización de ciertas reglas”; así los países creyeron conveniente crear organismos multilaterales de consulta y redacción de grandes instrumentos legales que permitan ese objetivo. Los comerciantes decidieron formar grupos y gremios que estudien la necesidad de uniformar la práctica mercantil, para facilitar el comercio en varias partes del mundo al mismo tiempo. El derecho marítimo no se quedó atrás e, igual que el derecho mercantil (obviamente es parte del mismo), empezó a estudiar formas y mecanismos para globalizar los conceptos, uno de ellos, el más importante de todos, el del transporte de mercancías por mar.

Se formaron grupos de trabajo en UNICIRAL y la UNCTAD ambos brazos académicos de las Naciones Unidas. Se formó la OMI, Organización Marítima Internacional y el Comité Marítimo Internacional CMI, que empezaron a diseñar y modelar textos de Convenciones con el objetivo de uniformar el derecho marítimo en todas las áreas geográficas del mundo. En los gremios de comerciantes se formaron las Asociaciones de Graneleros, las Asociaciones de vendedores de Fruta, la de exportadores de Hidrocarburos, la de traders, intermediarios y negociadores de commodities, etc. Todas estas asociaciones buscaron la fórmula para

¹ Aunque hay que anotar que mucho antes que aparezca la era de la codificación, que ciertamente la trajo consigo la Revolución Francesa, el derecho marítimo fue mucho antes del siglo XVIII intentando codificaciones precarias, pero practicaron la codificación, ratificando la especialidad y autonomía de este derecho.

unificar criterios y hacer que las normativas tengan validez en distintas zonas geográficas en el mundo.

El comercio exterior, empezó a necesitar reglas claras y uniformes sobre varios temas de importancia: los alcances de la responsabilidad de los porteadores, los montos que debían pagarse en caso de pérdidas y daños a la carga, las defensas y excepciones que podía alegar el porteador en caso de demandas, los derechos de los cargadores y, los plazos para demandar. El tráfico inter-países y, luego inter-continental empezó a causar problemas a los dueños de la carga y a sus aseguradores, porque las cargas salían de un país o continente para llegar a otro, con reglas distintas y, normas contrarias que dificultaban el comercio, la certeza y, los riesgos al momento de invertir. Los buques transportistas tenían una bandera distinta a la del domicilio del cargador o del receptor o, de ambos, el propietario de la nave tenía un domicilio distinto al del fletador, al del asegurador de la carga e, incluso del buque mismo. La internacionalización de los elementos personales y reales del contrato de transporte empezaron a crear problemas, y preguntas, como: donde demandar, a quien demandar, y qué demandar, eran las preguntas, que incluso hoy en día se hacen los dueños de la carga. La especialidad del contrato del transporte marítimo en particular, y el derecho marítimo en general, es sin duda alguno su carácter de internacional y su supranacionalidad.

Una de los instrumentos internacionales que creó la Comunidad Internacional, es la Convención es conocida como de: "CONVENCIÓN DE LA HAYA-VISBY" cuyo nombre técnico es el del: "CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DE CIERTAS REGLAS EN MATERIA DE CONOCIMIENTO Y SU PROTOCOLO MODIFICATORIO". Este Convenio vigente a partir de su publicación, el 1 de Febrero del 1978, ratificado durante una Dictadura Militar, está diseñado para unificar criterios sobre la responsabilidad del porteador y, del cargador durante el transporte marítimo de mercancías. Así mismo, trata sobre principios relativos al monto de las indemnizaciones a pagar por pérdida o daño de las mercancías a bordo de las naves, sobre los plazos para que las acciones en contra del porteador prescriban o se extingan, y, sobre la jurisdicción y competencia de las disputas en caso de existir las entre porteador y el cargador. El objetivo de la creación de estas reglas fue sin duda el de entregarle a la comunidad comercial internacional un

instrumento capaz de unificar ciertos criterios jurídicos que permitan mayor certeza a su actores.

Debido a la época en que se desarrolló el Convenio (1924) y, debido a su origen (fue redactado básicamente atendiendo necesidades de los porteadores, no hay duda que las Reglas tienen, un “tinte” pro porteador. Solo un tinte digo porque la intención nunca fue diseñar un instrumento que pretenda liberar a los porteadores de toda responsabilidad, pero sí protegerlos de ciertos riesgos costos, pretendió limitar los riesgos de los porteadores, brindándole cierta certeza y límites a su exposición empresarial. En realidad el Convenio balanceó las fuerzas a favor de los porteadores creando límites a su responsabilidad y, creando defensas a posibles demandas y acciones de los intereses de la carga. Se diseñó plazos muy cortos para que opere la prescripción en contra de los cargadores y, montos bajos para el pago de las indemnizaciones debidas a la carga. Su redacción fue muy escueta, consistente de solo 16 artículos, típicamente diseñada y escrita por abogados anglosajones, lo que dificultó en gran medida su aplicación en los países de origen civilista.

Luego, en 1978, se intentó nuevamente desarrollar un instrumento que aglutine a la mayor cantidad de países operadores del comercio exterior, en una nueva Convención que se desarrolló en Hamburgo, (Las reglas de Hamburgo) pero ésta no tuvo mucha acogida, siendo Chile el único país importante que las ratificó. Estas nuevas reglas, fueron redactadas un poquito más cercanas al derecho civil y, por primera vez, se ensayó incrementar los derechos de los embarcadores, dueños de la carga y sus aseguradores y, por ende se disminuyó los límites de protección a los porteadores.

En Septiembre del 2009, se promulgó un nuevo trabajo, esta vez, denominada las Reglas de Rotterdam, con el mismo objetivo de globalizar y estandarizar el transporte de mercancías por mar. Estas nuevas reglas tienen un fuerte “tinte” pro embarcador, y sus 96 artículos tienen claramente un condimento más civilista que los anteriores instrumentos. Se trata de una Convención muy moderna porque supone la incorporación de documentos electrónicos al comercio exterior, incluye en su ámbito de aplicación, al transporte terrestre que se realiza antes y después del transporte de mercancías por mar, lo que apuntala a abarcar el transporte multimodal o intermodal tan de moda hoy en día. Es por

largo, la más y mejor estructurada de los instrumentos redactados hasta hoy en la materia, muy amplia, con definiciones² claras y precisas y, como dije anteriormente con un aporte fundamental del derecho civilista que la hace más comprensible y aplicables a nivel mundial.

El cambio de mentalidad pretende darle las nuevas Reglas al uso e importancia del Conocimiento de Embarque, es otro de los giros cruciales que hace esta nueva normativa y que requiere ser analizado. Como sabemos el conocimiento de embarque es uno de documentos más importantes y de trascendencia en el comercio exterior. Sirva de recibo de entrega de la carga, sirve como una prueba de la existencia de un contrato de transporte y sirve como medio para financiamiento, cuando circula a través del mero endoso a terceras partes. Los créditos documentarios tienen como la base de pago de una carta de crédito la entrega del conocimiento al banco pagador, mientras que los grandes fraudes en el ámbito del comercio exterior han sido hechos falsificando el conocimiento. Es sin duda, el documento más importante para hacer valer los derechos de las partes en conflicto, el porteador y el cargador³. Vamos a entrar a analizar su importancia y los efectos que pudiera causar, su desuso.

No creemos que su puesta en aplicación vaya a ser nada fácil, porque los intereses de los porteadores van a sufrir con los nuevos límites y nuevos regímenes de responsabilidad y, supongo que tratarán de boicotear su puesta en vigencia o, en todo caso tratarán de promulgar otra de iguales quilates. Sin embargo, creemos que es muy interesante para países como el nuestro, con intereses 100% de cargadores, estudiar e involucrarse en el análisis de la conveniencia o no de su ratificación. Este trabajo de Tesis, pretende descubrir la importancia de un estudio y análisis más profundo de lo que se ha hecho hasta ahora. La importancia de superar los paradigmas y las dificultades y, tratar de modernizar nuestra legislación, acomodándola a la modernidad de los tiempos y, a las necesidades urgentes del comercio exterior Ecuatoriano.

² Las Reglas de Rotterdam cuenta en su texto con 30 definiciones, mientras que La Haya-Visby solo tiene 5.

³ Sin el aporte del documento ni siquiera debe aceptarse a trámite una acción contra el porteador, lo dice el art. 831 del Código de Comercio.

Comenzaremos por comentar brevemente la importancia y complejidad de la materia que hemos de tratar, su importancia histórica con una descripción de los conceptos importantes de cada Convención, refiriéndonos en varios pasajes a nuestra legislación interna, esto es, al Código de Comercio. Finalizaremos dando nuestra opinión sobre la importancia de las nuevas Reglas de Rotterdam y sus potenciales efectos en caso de su ratificación, así como nuestras sugerencias para una posible reforma legislativa integral.

Debo decir que tengo la suerte de encontrarme en un momento fundamental en la historia del desarrollo del transporte de mercancías por mar. El advenimiento de la Convención de Rotterdam, que hoy en días es discutida y analizada en todos los foros internacionales, la necesidad de que nuestro país decida si nos conviene o no su ratificación y, la necesidad de modernizar nuestras estructuras legales, hace que este trabajo sea importante. Los intereses de la carga, exportadores e importadores, en conjunto con sus aseguradores, deberían tener claro que estas nuevas reglas los pueden beneficiar, y pueden aclarar mucho más sus negocios e intereses. El tiempo dirá si el mundo las quiere o no, y si nuestro país está dispuesto a salir del viejo sistema e inorgánico que impera desde hace más de cincuenta años.

Iniciaremos este trabajo, haciendo una revisión, necesaria, a los antecedentes históricos del derecho marítimo y al transporte de mercancías por mar.

II EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

Hablar de la historia de las normas jurídicas reguladoras del derecho marítimo, es hablar de la historia de la civilización y del comercio; cuando las normas mercantiles comunes trataban de sobrevivir y de plasmarse a través de los usos y las costumbres,⁴ las normas marítimas ya empezaban a tener reglas claras y autónomas, seguidas por las asociaciones de armadores.

⁴ Conocidos como la "lex mercaturium"

Ya dos mil años antes de Jesucristo, existía el famoso *Código de Hammurabi*, que contenía disposiciones marítimas elementales. El *Código de Manú*, en la India y otros textos elaborados por los fenicios, egipcios y cartagineses reconocía en los primeros años de la civilización, la existencia de este derecho autónomo.

Los romanos legislaron sobre esta materia en varios cuerpos legales, como el *Código de Justiniano* y el *Código Teodosiano*. Posteriormente, dentro del derecho bizantino, tenemos Las Basílicas publicadas por el Emperador León El Sabio, que reunieron todas las normas del bajo imperio en un cuerpo especial, y que sistematizaron el derecho de la navegación de la época.

En los siglos VII y VIII de la era Cristiana, se editó una compilación denominada *Derecho Marítimo de los Rodios*.

En el año de 1250, se publicaron *Las Costumbres de Valencia*, que reglamentaban las obligaciones de los tripulantes, la responsabilidad del Capitán y de los propietarios de los buques.

Con la caída del Imperio Romano, tomaron cuerpo e importancia las costumbres y usos que se aplicaban con caracteres distintos, dependiendo según correspondieran al océano Atlántico o al mar Mediterráneo. En el Atlántico regían *Las Roles de Oleron*, que regulaban en principio la navegación de los puertos de Burdeos, La Rochelle y las costas de Bretaña y Normandía. En el Mediterráneo también se desarrolló esta disciplina, aunque en forma distinta. Se formó *El Libro del Consulado del Mar* y, que rigió para los puertos de Trani, Pisa, Venecia, Marsela, Amalfi y otros del área. Esta importante compilación que se publicó en Barcelona a fines del siglo XIV contenía normas relativas a la construcción de los buques, a las obligaciones del armador, a los derechos y obligaciones de los tripulantes, a los fletamentos, a los pasajeros, etc.

La gran cantidad de usos y costumbres existentes, recopilados algunos textos cuya vigencia territorial era algunas veces imprecisa, creó un verdadero caos en materia marítima, a pesar de la uniformidad de aquellos. Fue en Francia, bajo el reinado de Luis XIV que la legislación marítima se sistematizó al tiempo de sancionarse la extraordinaria *Ordenace de la Marine de 1681*. Este cuerpo marítimo, un verdadero

Código Marítimo, ordenó en sus cinco libros, todos los aspectos de la materia tanto privados como públicos. Esta circunstancia, concretó la independencia legislativa de la materia.

También es importante citar a *Las Ordenanzas de Bilbao*, publicadas y promulgadas por Felipe V, en 1737 que habían sido preparadas en diversas épocas por los comerciantes y los cónsules para su aplicación por el Consulado de Bilbao, tomando como base las ordenanzas anteriores, los usos y costumbre, el Consulado del mar, y en especial las Ordenanzas francesas dictadas por Luis XIV.

Posteriormente, a principios del siglo XIX, cuando las autoridades francesas asumieron la tarea de dictar para Francia diversos códigos, los legisladores incluyeron en el nuevo texto mercantil, las normas de derecho privado de la *Ordenanza de la Marina de 1681*. El *Código de Comercio francés* entro en vigor en 1829 y si bien en un principio fue impuesto en varios países europeos por las armas de Napoleón, continuó ejerciendo influencia luego de la derrota de éste último, en virtud de los múltiples textos que se redactaron bajo su molde.

En España, se dictó un *Código de Comercio* en 1829 que luego fue sustituido en 1885 por otro cuyo Libro Tercero trata Del Comercio Marítimo, normativa que sigue vigente, si bien parcialmente modificada y ampliada con la incorporación progresiva de normativa de varias convenciones internacionales., sobre todo la de la Comunidad Europea.

En Ecuador, el *Código de Comercio* se publicó y promulgó en 1906, y así como el texto español su Libro Tercero trata Del Comercio Marítimo, con una normativa casi idéntica a la española. Esta normativa, que trata sobre la navegación a vela, también ha sido modificada, pero no en la medida de la española, por la incorporación de ciertas Convenciones internacionales.

Debido a la "codificación" de la normativa mercantil en general y, de la marítima en particular, se rompió la unificación del derecho marítimo que por siglos se había venido manejando a través de los usos y las costumbres, que a pesar de que mucho de esta normativa implementaba las viejas prácticas, sus Códigos al final de cuentas representaba los intereses y gustos nacionales de cada jurisdicción.

A partir del siglo XX, la Comunidad internacional se movió a unificar y estandarizar las normas mercantiles. Con este fin, se crearon entidades multilaterales que empezaron a trabajar en cuerpos legales supra-nacionales que cumplan la función de unificar la normativa de los comerciantes. En el campo marítimo, *la Uncitral, el Comité Maritime Internacional, la UNCTAD, la Organización Marítima Internacional* y otras de menor rango, han tenido un role extraordinario en la creación de Convenios Internacionales tendientes a crear reglas supra-nacionales que puedan ser aplicadas en la mayoría de los países civilizados.

III

EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE MARÍTIMO

a. Concepto y Antecedentes.-

El conocimiento de embarque marítimo, es el documento por medio del cual se instrumenta el contrato de transporte de mercaderías por mar. Equivale a la carta de porte en los transportes marítimos y terrestres.⁵

El conocimiento *es el documento fundamental en el transporte de mercaderías*, sin perjuicio de los otros documentos que se otorgan para acreditar el contrato de transporte, pero que no revisten el carácter de título de crédito.

El autor Vigier de Torres⁶ lo define como *"el documento expedido por el capitán (armador o agente marítimo) que acredita la recepción a bordo de las mercancías especificadas en el mismo para ser transportadas al puerto de destino, conforme a las condiciones estipuladas y entregadas al titular de dicho documento"*.

⁵ Art. 816 del Código de Comercio: "El cargador y el Capitán que recibe la carga, se darán mutuamente un Conocimiento escrito en idioma castellano, que expresará..." Concuerta con el art. 212 ibdem.

⁶ VIGIER DE TORRES, Agustín; Derecho Marítimo; 3ª ed., Madrid, 1978, p.583

Por su parte, el mexicano Salgado y Salgado ⁷ señala que “es un documento expedido por el porteador, su representante o el capitán de un buque mercante, por el cual reconocen haber recibido determinadas mercancías para su transporte por mar, comprometiéndose a restituirlas a su legítimo tenedor después de haberlo efectuado”.

Este documento aparece no solo cuando la mercadería a transportarse ocupa todo el buque, sino cuando ocupa parcialmente las bodegas del mismo. Es decir, un buque puede emitir un conocimiento de embarque por toda la carga a bordo o varios conocimientos de embarque por cada contenedor o unidad que transporta. Así mismo, el conocimiento que originalmente emita el porteador, puede derivar en varios otros conocimientos (conocidos como “conocimientos hijos”) dependiendo de las diferentes ventas de las mercaderías que se vayan produciendo en tránsito.

El conocimiento puede ser emitido: a la orden, al portador o a favor de persona determinada. En nuestro país, esto lo regula el artículo 816 del Código de Comercio, que además, tiene directa relación con lo establecido en el artículo 212 del mismo cuerpo de leyes.

Lo que inicialmente había sido concebido como un mero “*documento de recibo*” de la mercadería entregada al transportista, que acreditaba la posibilidad de reclamarla en destino, al tenedor del documento, evolucionó con el tiempo y las necesidades del comercio, convirtiéndose en un *título valor*, y adquiriendo características propias del mismo, como su negociabilidad. Tal es la importancia de este documento que como explicaremos en lo posterior, se necesitó incluirlo en la legislación uniforme que reglamenta el comercio internacional, concretamente en el Convenio de Hamburgo en el que las Naciones Unidas realizó precisiones acerca de las normas vigentes en el Convenio de Bruselas acerca del conocimiento de embarque.

⁷ SALGADO Y SALGADO, José Eusebio; El arbitraje y el conocimiento de embarque marítimo. Memoria del IV Simposio de Arbitraje Mercantil Internacional, México, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, 1977, p. 121

La evolución del conocimiento de embarque ha sido uno de los más significativos avances que el transporte marítimo ha tenido en su larga historia. Este documento ha sido testigo y protagonista de los avances y cambios que se han producido en la transportación marítima de mercaderías.

Aproximadamente, a partir de los siglos XIII y XIV comienzan a otorgarse recibos de las mercaderías a bordo por parte del Capitán de la nave, recibo que tomaría gran trascendencia dos siglos más tarde con el advenimiento del aseguramiento de las mercaderías, el uso de los créditos documentarios y, la búsqueda de financiamiento para el comercio exterior. Este recibo era entregado por los cargadores a los consignatarios (al principio en forma de guías, similares a las utilizadas en el transporte terrestre), con lo que aparecería, en una forma aún bastante primitiva, el conocimiento de embarque.

Observamos cómo el primitivo recibo que servía simplemente para verificar la entrega de las mercaderías por parte del cargador al Capitán de la nave, serviría para atestiguar la celebración de un contrato de transporte con dicho Capitán, y en consecuencia la obligación de entregar las mercaderías en un puerto determinado.

En esta evolución tuvieron inmensa influencia las ciudades-estado italianas, verdaderas precursoras del transporte marítimo moderno, y posteriormente los españoles y holandeses que hicieron del transporte marítimo su principal fortaleza. Fueron justamente estas dos sociedades las que emplearon modelos de conocimientos de embarque muy similares a los actuales, al menos en sus partes fundamentales.

Este recibo de la mercadería normalmente contenía afirmaciones relativas al tipo, calidad, condición y cantidad de las mercaderías embarcadas. Posteriormente, la experiencia mercantil llevaría a que se incorporaran en el otrora recibo, ciertas cláusulas relativas al contrato de transporte, y con ello evitarse confusiones en caso de conflictos, los cuales eran siempre comunes entre los dueños de la carga y el transportista.

Recién en los siglos XVII y XVIII comienza a discutirse la característica de representatividad de la mercadería, que gracias a la revolución industrial y al auge del comercio internacional será incluida

en las principales legislaciones universales. De esta forma, el conocimiento de embarque deja de ser un mero recibo de las mercaderías convirtiéndose en un documento que otorga ciertos derechos sobre las mismas.⁸ Poco faltaba en este punto para que el conocimiento de embarque sea considerado como un verdadero título de las mercaderías, circunstancia que con el advenimiento de la máquina de vapor en el siglo XIX terminaría por darle esta característica al Conocimiento de Embarque.⁹

En Ecuador el artículo 831 del Código de Comercio, establece que: *“las demandas entre el Capitán y el Cargador que se refieran a la carga, serán necesariamente apoyadas en el conocimiento y, sin la exhibición de éste no se les dará curso.”* Que concuerda y confirma lo dispuesto en el art. 821 ibidem, que dice que: *“los conocimientos hechos según las disposiciones anteriores, hacen fe entre las partes interesadas en el cargamento y entre ellas, y sus aseguradores.”*

b. Regulación del Conocimiento de Embarque.- Introducción a los Efectos de las Reglas de la Haya/Visby.-

Como resulta fácil asumir, en sus inicios el conocimiento de embarque permitió que la responsabilidad del transportista sea estricta y clara, limitada únicamente por las excepciones propias de la teoría de la responsabilidad, y sobre todo las excepciones a la responsabilidad en general contenidas en el derecho anglosajón, tales como el *“acto de Dios”*, *“enemigos públicos”* o *“vicios inherentes”* a la propia mercadería. Y aún en estos casos, bajo la estricta literalidad de los términos contenidos en el Conocimiento de embarque, y de la fe que éste hacía de la recepción de la

⁸ Tema este que es sujeto a mayor discusión.

⁹ En Inglaterra, con la promulgación del *“Bill of Lading Act”* de 1855, sobre la base de las prácticas comerciales y, teniendo en cuenta que el conocimiento era transmisible por endoso, se estableció que en esa forma podía transferirse la propiedad de las mercancías. Sin embargo, todos los derechos emergentes del contrato los tenía el contratante original o el cargador y, podía accionarse en su contra por el cobro del flete. Luego, con la promulgación del *UK Carriage of Goods by Sea Act* de 1924 se establece en forma expresa que todos los derechos emergentes del documento pueden ser ejercidos por la persona beneficiaria del mismo, como si fuera el contratante original, independientemente de que sea quien sufrió el perjuicio.

mercadería¹⁰, el transportador podía ser responsable de comprobarse su negligencia frente a las excepciones antedichas.

El artículo 747 de nuestro Código de Comercio, plantea que las únicas excepciones en defensa del transportista en caso de deterioro o pérdida de las mercancías, *es que dicha pérdida o deterioro haya provenido del vicio propio de la cosa, o de culpa del embarcador, de caso fortuito o de fuerza mayor*.¹¹ Es decir, nuestro derecho interno, plantea una responsabilidad estricta al porteador, quien responde por todo daño o deterioro, salvo las anunciadas excepciones.

Es preciso anotar que este concepto de la “*limitación de responsabilidad*” del porteador o transportista, no es recogido por nuestra legislación interna que como hemos dicha antes, no se ha modernizado y deriva del Código de Comercio español de 1885.

A fin de evitar que la introducción de este tipo de legislación obligue a los dueños de las embarcaciones a elevar los precios de flete a fin de poder competir con las embarcaciones que no estaban sujetas a las restricciones legales mencionadas, comenzó a pensarse en promulgar una legislación internacional que regule las limitaciones a la responsabilidad en el contrato de transporte evidenciado en el conocimiento de embarque. Es de esta forma como aparece primero la Convención de la Haya, y luego las Reglas de la Haya/Visby que si bien impedían la exoneración de responsabilidad del porteador, también establecieron límites a su responsabilidad y diversas defensas taxativamente enumeradas. Veremos a fondo la aparición de este tipo de legislación internacional y convenios, además del contenido concreto de sus estipulaciones, más adelante, de forma más detallada.

c. Funciones del Conocimiento de Embarque.-

Como hemos mencionado anteriormente, podemos concluir que el conocimiento de embarque cumple las siguientes funciones: Como recibo, como evidencia de la existencia de un contrato de transporte, como un título valor y, a veces, como el contrato mismo.

¹⁰ Art. 821 del Código de Comercio

¹¹ Concuenda con lo establecido en los artículo 743 y 221 ibidem

1. Como mero Recibo de las Mercaderías.-

La primera función, la de hacer las veces de mero recibo de la mercadería es, como vimos, la más antigua utilidad del conocimiento de embarque. Sirve como prueba de que el transportador o que el agente designado por éste ha recibido la mercadería ya sea a bordo del buque o para embarcarla en el mismo, según se haya contratado¹². Esta evidencia o fe de recibo, tiene importantes efectos comerciales. El primero y más básico de ellos es de que la entrega y consecuente recepción de la mercadería conforma la base de todo reclamo de la carga en caso de que el consignatario no reciba la mercadería, la reciba incompleta o dañada.¹³

Finalmente, y como apenas deviene obvio, las declaraciones que respecto al recibo y/o embarque de la mercadería se anoten en el Conocimiento de embarque van a afectar su negociabilidad; es poco probable que alguien acepte negociar una mercadería cuyo Conocimiento de embarque detalle algún tipo de daño o ausencia. Esto permitirá que en el caso de algún faltante o daño exista constancia de la responsabilidad del porteador. Motivo de ello, los porteadores comúnmente insertan una cláusula en el conocimiento de embarque al fin de liberarse de esta responsabilidad, la misma que declara que el peso, cantidad y condición de la mercadería es desconocida por el porteador.¹⁴ Esto último ha evolucionado producto de la contenerización de la mercadería, apareciendo en su lugar la figura de los sellos en los contenedores, no obstante la anotación de "*dice contener*" (*said to contain*) se mantiene para seguridad del transportista.

Por estas razones generalmente el embarcador y/o el consignatario se asegurarán que se produzca una aseveración certera y explícita de la condición y cantidad de la mercadería, la cual se hará constar en el Conocimiento de embarque.

Sin perjuicio de lo anterior, y como veremos al revisar las disposiciones que regulan el transporte marítimo de mercaderías, existen

¹² Arts. 820, 822 y 745 de nuestro Código de Comercio

¹³ Art. 831 del Código de Comercio

¹⁴ Art. 819 de nuestro Código de Comercio

presunciones que hacen responsable al porteador en caso de no establecer ninguna salvedad o declaración en el Conocimiento de embarque.¹⁵

Las disposiciones internacionales, concretamente las contenidas en las Reglas Haya/Visby¹⁶, obligan al porteador a establecer expresamente afirmaciones respecto a la cantidad, calidad y estado de las mercaderías bajo ciertas circunstancias, en caso de que el embarcador así lo requiera. Estas declaraciones hacen fe en contra del porteador y lo hacen responsable en caso de faltantes o daños, aún frente al reclamo del propio embarcador. Así se ha resuelto en la jurisprudencia internacional, especialmente en la británica.¹⁷

2. Como Evidencia de la Existencia del Contrato de Transporte.-

La discusión en este tema se centra entre si las disposiciones contenidas en el documento de embarque son en sí mismas el contrato de transporte o simplemente lo evidencian. Nos sumamos a ésta última hipótesis, toda vez que el contrato de transporte se concluye, generalmente, de forma oral y previa a la emisión del conocimiento de embarque. Es por ello que el contrato existe aún antes de dicho documento, y el embarcador podría tener acciones en contra del porteador aún sin que el conocimiento se haya emitido.

Hemos visto que el efecto más importante que tiene el recibo de la mercadería es que, generalmente, traslada la responsabilidad en la custodia de la mercadería al transportador que la recibe, quien adquiere por el solo hecho de recibirlas una serie de obligaciones que en la mayoría de los casos se han acordado previamente con el cargador, pero que aún subsisten sin estipulaciones contractuales. Justamente aquí aparece la segunda función del conocimiento de embarque: de servir como prueba y generalmente instrumentación misma del contrato de

¹⁵ Art. 746 en concordancia con el art.243 del Código de Comercio

¹⁶ Article III rule 3.

¹⁷ *Compañía Vascongada vs Churchill* (1906) 1 KB 237;
Grant vs Norway (1851) 10 CB 665;
New Chinese Antimony Company vs Ocean SS Co. (1917) 2 KB 664

transporte¹⁸. No existe una definición expresa en nuestro Código de Comercio respecto del role del Conocimiento como mera prueba de la existencia de un Contrato, pero si lo hace en la sección general del transporte en el artículo 211 en donde claramente lo menciona como un documento que acredita la existencia del contrato. Debemos anotar que en todas las jurisdicciones internacionales, el conocimiento tiene esta función, solo de prueba de la existencia de un contrato, por lo que la falta de expresa mención en el Libro Tercero de nuestro Código no afecta para nada el concepto.

En el Conocimiento de embarque se establecen ciertos detalles del transporte, como el nombre de las partes, el número de bultos, el peso de los bultos, el puerto de embarque y del desembarque, el nombre del buque, y ciertas otras condiciones y términos que van escritas la reverso del documento. Las condiciones generales, pueden estar en documento aparte, que se denominaría Contrato de Fletamento, o en un sin número de documentos a manera de cartas o correos que construyan el Contrato. Como el Contrato de transporte no es un contrato formal, éste es consensual y no requiere de formalidades, debemos suponer que éste nace mucho antes de que se emite el Conocimiento, mucho antes de que las mercancías sean puestas a bordo del buque, nacen cuando el embarcador y el porteador se ponen de acuerdo en el transporte y en el precio llamado flete. Nace el contrato cuando, el embarcador, en forma directa o a través de su agencia solicita el espacio en el buque, se pone de acuerdo en el costo del transporte (flete marítimo) y confirma la reserva o da el anticipo. La emisión del Conocimiento constituye entonces, una muy buena prueba de que existe un Contrato de Transporte entre el dueño de las mercancías y el porteador.

En conclusión, el Conocimiento de embarque no es en sí mismo el contrato de transporte, sino la mejor evidencia de que éste existe; el contrato nació al momento del acuerdo entre embarcador (o sus agentes) y el porteador (o los suyos), previo a la firma y emisión del Conocimiento. Luego de que existe el contrato, el porteador emite y firma el Conocimiento de embarque (una vez que las mercancías suben a bordo) y

¹⁸ Art. 211 del Código de Comercio que dice: "Llámesese carta de porte, el documento que las partes otorgan para acreditar la existencia y las condiciones del contrato...."

lo entrega al embarcador, generalmente, cuando la mercadería ya ha sido embarcada.

Respecto a los términos contractuales contenidos en un Conocimiento de embarque que ha sido cedido a un tercero, la doctrina y jurisprudencia es pacífica en el sentido de que el Conocimiento de embarque constituye, ahí sí, evidencia concluyente de los términos del contrato de transporte. La circulación del documento hace que los términos contractuales en él contenidos se vuelvan prueba plena y, generalmente, irrefutable del contrato de transporte en sí mismo.

3. Como Título Valor.-

Para que este documento pudiera operar como un título valor, y en consecuencia ser contentivo de un derecho y, sobre todo, ser susceptible de transferirse, se requería que el conocimiento de embarque evolucionara y se convirtiera en un documento a la orden, esto es, un documento en el que el porteador se comprometía a entregar la mercadería transportada a determinado consignatario o a quien éste ordene o consigne.

En conclusión, el conocimiento de embarque debía de pasar de ser un documento originalmente nominativo, a un documento emitido a la orden y, por lo tanto, susceptible de ser traspasado de manos vía endoso y, consiguientemente, de titularidad. En caso de endoso y transferencia, existe la discusión de si el justo tenedor del conocimiento de embarque, también se convierte en poseedor y/o propietario de las mercaderías en él descritas.

Existen al menos tres razones para que el tenedor del conocimiento de embarque sea considerado como poseedor de la mercadería a bordo del buque:

El justo tenedor del Conocimiento de embarque (ya sea por constar como consignatario original o por endoso) tiene derecho a recibir (y a exigir la entrega) las mercaderías en el puerto de desembarque;

El tenedor del Conocimiento puede transferir la propiedad de la carga durante el tránsito de la misma mediante endoso del Conocimiento de embarque que la represente; y,

El Conocimiento de embarque puede ser usado como caución de una obligación, y por consiguiente puede ser un instrumento útil para obtener créditos o financiamiento, sobre todo de instituciones financieras.

Personalmente, sostengo que el tenedor del conocimiento es solo eso, *un tenedor de un documento* que representa el transporte de mercancías y, que no necesariamente representa u otorga derecho de posesión sobre las mercancías, y peor aun su propiedad. El tenedor del conocimiento, puede llegar a ser únicamente “un tenedor documentario”, que puede o no llegar a ser el propietario de las mercancías en él representadas y, que puede o no llegar a tener la posesión de las mercancías. Un banco puede ser tenedor del conocimiento (a título de garantía, por ejemplo) y no ser poseedor o propietario de las mercancías. Los intermediarios o brokers que venden bunker, granos o commodities en tránsito, son tenedores de documentos y conocimientos que muchas veces los transfieren y/o subdividen en “conocimientos hijos”, pero no son dueños, ni poseedores de las mercaderías por ellos representados. Otras veces, las mercancías pueden venir consignadas al propio embarcador que retiene el conocimiento en una especie de garantía del pago de la totalidad del precio, hasta que el comprador que ha hecho un abono (recibidor) las termine de pagar. Luego, el dueño de las mercancías es el comprador, pero no las puede retirar porque el recibo está en poder de un tercero que lo retiene hasta conseguir el pago de la totalidad del precio. Finalmente, en los casos en los que los consignatarios no pagan el flete en destino (flete collect) la línea naviera no entrega el Conocimiento hasta que el flete no sea pagado íntegramente, no porque ella sea dueña de la carga, sino porque retiene el documento hasta el flete sea pagado. Prueba de ello es que la naviera necesita de autorización judicial para vender las mercancías a fin de cobrar su flete.¹⁹

La negociabilidad del conocimiento de embarque ha sido de crucial importancia para el desarrollo del transporte marítimo de mercancías, en la actualidad no ha perdido su vigencia, a pesar de la generalización del transporte de línea, donde se celebran contratos de fletamento y en los que el consignatario es el mismo de forma regular. El comercio exterior, sobre todo el de los commodities, exige transacciones rápidas y en tránsito.

¹⁹ Art. 827 y 798 del Código de Comercio

Exige además financiamiento y flexibilidad para entregar caución o prendas. Todo esto se consigue con Conocimientos emitidos a la orden que puedan circular vía endoso.

4. A veces, como Contrato de Transporte.-

La doctrina no menciona mucho este cuarto aspecto o función del Conocimiento. Se habla siempre de tres funciones y, que el Conocimiento no es un verdadero Contrato, sino una prueba de su existencia. Y sostengo que en determinadas situaciones, este documento puede llegar a ser el mismo contrato, sobre todo cuando el Conocimiento circula a través del endoso a terceros endosatarios de buena fé. Estos terceros endosatarios, adquieren la titularidad del Conocimiento y asumen derechos y obligaciones a partir del endoso y entrega física del mismo. Ellos no participaron de la discusión y conclusión del contrato de transporte. No contactaron al naviero, no reservaron el espacio, no negociaron el flete y probablemente tampoco lo pagaron. Luego, no tienen un contrato de transporte con el porteador que escogió y, contrató el embarcador. Una vez realizado el endoso y recibido el conocimiento, empieza una nueva relación, la del porteador con el consignatario o receptor y endosatario del conocimiento. Ese conocimiento que contiene ciertas cláusulas, términos y condiciones, constituirá el nexo contractual entre ellos. El puerto de destino y entrega, las condiciones del transporte, la obligación de entrega en buenas condiciones, la jurisdicción y competencia en caso de disputas, etc., están respaldadas y fundamentadas en el Conocimiento. Estamos claros, que estamos ante un Contrato por Adhesión, porque este no ha sido discutido con el receptor, ha sido impuesto y, que además se imprime en formato impreso y, cuyas cláusulas generales están diseñadas para disminuir los costos y riesgos para el porteador.

IV

LA REGULACION DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

Importancia de la Unificación, Uniformidad, Internacionalización y Estandarización de las Normas que Regulan el Transporte Marítimo.-

Como hemos visto, el transporte marítimo de mercaderías tiene una gran importancia y trascendencia en el comercio internacional y como

tal, está sujeto no solo a distintas jurisdicciones o tribunales, sino también y sobre todo, a distintos ordenamientos jurídicos y en consecuencia a distintos regímenes de responsabilidad, limitaciones de ésta, plazos, prescripciones y, en general, a disposiciones variantes y a veces contradictorias entre los países implicados en las relaciones comerciales internacionales.

Durante una etapa del desarrollo del derecho marítimo, y ante la velocidad indetenible con que las relaciones de este tipo iban creciendo en el mundo, cada país buscó alcanzar esta actividad mediante la implementación de legislación particular e interna. Así, por ejemplo, en Estados Unidos se promulgó la *Carriage of Goods by Sea Act* ("COGSA") de 1932, en Gran Bretaña a su vez la también llamada *Carriage of Goods by Sea Act*, de 1924, que al igual que su homóloga norteamericana supuso la aplicación de las Reglas de La Haya. En España, se promulgó la Ley sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1949, y así en otras jurisdicciones.

Se comenzó a producir, para aquel entonces, un consenso general respecto a la necesidad de volver a la unificación tradicional y propia de las reglas a la actividad marítima, y que se había ido perdiendo como consecuencia de la codificación particular en cada país. Se tenía como principales y más importantes argumentos la internacionalidad propia de la navegación marítima y el consecuente deseo de evitar conflictos de leyes, los mismos que se habían vuelto bastante frecuentes por el choque entre la internacionalidad de la actividad y las normativas de cada ordenamiento jurídico.

En conclusión, la urgente necesidad de garantizar una seguridad jurídica general entre los operadores y usuarios del transporte marítimo internacional se convirtió en el principal estímulo hacia la unificación de las reglas que lo regulan.

Una segunda causa que inspiró la unificación normativa en esta materia fue la necesidad de protección que los cargadores de mercancías por mar, comenzaron a demandar ante el exceso de cláusulas de exoneración de responsabilidad por daños o pérdidas de las mercancías, que los porteadores habían logrado imponer y estandarizar en los Conocimientos de embarque, utilizando todo su poder como sector unificado y

necesario en el comercio internacional. Ante la imposibilidad de los negociantes individuales de limitar las exoneraciones de responsabilidad, se inició una demanda general del sector comercial a una unificación de reglas que, aprovechando la coyuntura internacional, elimine determinadas prerrogativas de los porteadores.

Estas cláusulas de exoneración de responsabilidad tuvieron como consecuencia la falta de valoración de los Conocimientos de embarque por parte de los sectores aseguradores y garantes, concretamente la banca y las compañías de seguros, toda vez que dichas cláusulas hacían recaer sobre los cargadores o consignatarios el riesgo no solamente de la pérdida de la mercadería sino también el riesgo de las consecuencias de los daños que se producían en el transporte marítimo.

No obstante lo anterior, resulta interesante señalar que algunos porteadores se vieron perjudicados por estas exoneraciones a la responsabilidad, por cuanto al no asumir riesgo alguno, los porteadores podían cobrar fletes bastante bajos y convenientes, creando una competencia feroz entre los porteadores y con ello perjudicando gravemente a aquellos porteadores de los países cuyas normas eran más rigurosas, y que por lo tanto, los obligaba a asumir determinados riesgos. La desigualdad en la normativa regulatoria del negocio naviero produjo un estado de inferioridad en el mercado internacional de fletes a aquellos porteadores cuyo país establecía regulaciones que llevaban a estos a asumir una carga mayor en el riesgo de pérdida o daño de las mercancías.

De esta manera, un segundo impulso hacia la unificación provino tanto de los usuarios del transporte marítimo como de los porteadores provenientes de países con regulaciones que limitaban su exoneración de responsabilidad frente al cargador, quienes buscaban estandarizar los riesgos y responsabilidades que en general debía asumir el porteador.

Particular interés tiene para nosotros analizar lo ocurrido en Gran Bretaña así como en Estados Unidos. Los británicos, manteniendo un tradicional respeto al concepto de la autonomía de la voluntad, declaraban como válidas y aceptan las cláusulas de limitación de responsabilidad impuestas por los porteadores y contenidas en los Conocimientos de embarque. Mientras que por el contrario, las cortes norteamer-

ricanas las consideraban ilícitas, tutelando a los cargadores. Esto trajo consigo una consecuente confusión que generó sustanciales problemas que llevaron a que, a finales del siglo XIX, se decida finalmente encontrar una solución definitiva.

Un ejemplo de esta búsqueda de soluciones fue *The Harter Act*²⁰ promulgada en Estados Unidos en 1893 y, que contenía una especie de compromiso entre los porteadores y los usuarios de los transportes de mercaderías, consistente en que únicamente *cuando el porteador era capaz de probar que ejerció la debida diligencia en el transporte, y que previo al inicio del viaje el buque se encontraba en óptimas condiciones de navegabilidad, podía el porteador alegar a su favor determinadas excepciones que lo permitían exonerarse de responsabilidad por daños provenientes de culpa o negligencia en la navegación o en el manejo del buque (faltas náuticas), los peligros del mar, actos de Dios, actos de enemigos públicos, defectos propios del cargamento, entre otras causas.*

Las normas de la Harter Act tuvieron una profunda influencia en otras normativas dictadas en otros países, sobre todo en aquellos de dominio inglés. Así mismo, la regla respecto a las condiciones para que el porteador pueda alegar excepciones a su responsabilidad sería profundamente influyente en el Convenio de Bruselas de 1924, que además recogió el criterio de distinción de las faltas náuticas y faltas comerciales, que trataban respecto a la exoneración de responsabilidad del porteador por faltas de sus dependientes.

Todas estas consideraciones tuvieron como resultado todos los intentos posteriores de obtener normas generales, universales y eficientes que regulen el transporte marítimo y en especial las relaciones entre el porteador y el cargador, y en especial la regulación de responsabilidad de aquél. Trataremos, en consecuencia, en el siguiente apartado una enumeración y explicación de la normativa que se promulgó a raíz de esta tendencia unificadora, previo a pasar a analizar de forma más profunda las normas contenidas en las Reglas Haya-Visby, y las reformas propuestas por las Reglas de Rotterdam.

²⁰ La Ley Harter

V
REGULACIONES INTERNACIONALES QUE RIGEN EL
TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR MAR

a. Carriage of Goods by Sea Act –COGSA-²¹

Si bien el Carriage of Goods by Sea Act (en adelante COGSA, por sus siglas en inglés) es un código único que regula los derechos y responsabilidades entre porteadores y cargadores en Estados Unidos, podemos decir con bastante acierto que este código no es nada más que la adaptación de las Reglas de la Haya hechas por el Congreso estadounidense.

Implementado dentro del “Código de Estados Unidos”, recopilación de la normativa federal de dicho país, tuvo como fin proteger aún más a los cargadores frente a daños a la mercadería provenientes de culpa o negligencia de los porteadores. Básicamente aumentó la cantidad que los porteadores debían pagar a los cargadores, por indemnización, en caso de pérdidas o daños de la carga.

La regulación a la limitación de responsabilidad que trajo la promulgación de la ley COGSA ha generado hasta el día de hoy una intensa polémica respecto a su aplicación en la carga transportada en contenedores a través de “pallets” y la consecuente limitación de los valores a los que los porteadores limitaban su responsabilidad, debiendo los Tribunales determinar si los valores que se establecían como tope debían considerarse por el contenedor entero o, por bultos.

Como veremos más adelante, esta discusión fue resuelta y superada por las reformas logradas gracias al Protocolo Modificadorio al Convenio de Bruselas, que finalmente formarían lo que se conoce como las “Reglas Haya-Visby”. No obstante la aplicación de estas reformas por las Cortes estadounidenses, el Congreso no adaptó las mismas al COGSA.

²¹ Ley de Transporte de Mercancías por Mar de 1932

b. Las Reglas de la Haya y Haya-Visby.-

Si bien más adelante trataremos a fondo la normativa contenida en las Reglas de la Haya y en su modificación por las Reglas Visby, es pertinente en este punto mencionar su existencia e importancia internacional en la limitación de la responsabilidad del porteador frente a daños de la mercadería durante el transporte marítimo.

Las Reglas de la Haya provienen del *Convenio de Bruselas de 1924*, bajo el título oficial de *“Convención Internacional para la Unificación de Determinadas Reglas relativas al Conocimiento de Embarque”*.

Fueron reformadas por las llamadas “Reformas Visby” o “Reglas Visby”, por el Protocolo Modificadorio de 1968, a partir de lo cual se llamó a las normas en general como *“Reglas Haya-Visby”*.

La premisa fundamental de estas Reglas consiste en reconocer que el porteador tiene un poder de negociación e influencia superior al de los cargadores, y que por lo tanto, la normativa debe imponer obligaciones mínimas al porteador a fin de proteger los intereses del cargador y, de los dueños de la mercadería transportada.

Como veremos al revisar más a fondo estas Reglas, se impuso a los porteadores la obligación de observar determinadas normas de cuidado (diligencia) en el transporte de la mercadería, y a cumplir con ciertos presupuestos (condiciones de navegabilidad de la nave) a fin de poder ejercitar una limitación de su responsabilidad en caso de daños o pérdidas de las mercaderías. La mayoría de los países industrializados o ubicados en el hemisferio norte suscribieron este Convenio o incorporan las Reglas en sus legislaciones domésticas. Ha sido por largo, desde los años setenta hasta la fecha de hoy, la normativa internacional más popular dentro de la comunidad internacional, que regula el transporte de mercancías por mar por medio de conocimiento de embarque.

c. Las Reglas de Hamburgo.-

Las críticas que desde todos los ámbitos generaron las Reglas de La Haya-Visby tuvieron como consecuencia que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo desinara un grupo de

trabajo dedicado al estudio de la regulación internacional del transporte marítimo en 1969. Esta Comisión emitió un informe que para discusión del Secretariado de la Conferencia en sesión de febrero de 1971.

Con la intervención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) se llevaron a cabo los trabajos y reuniones que desembocaron en la celebración de la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías llevado a cabo en Hamburgo en los días 6 a 31 de marzo de 1978.

Como veremos al analizar a fondo las reglas de La Haya-Visby, *las Reglas de Hamburgo* de 1978 son reformas a dicha normativa, consistentes básicamente en actualizaciones y en la ampliación del campo de aplicación de las reglas, buscando eliminar ambigüedades y ampliando la regulación ya no solo a la limitación de la responsabilidad del porteador, sino al contrato de transporte marítimo en sí mismo.

Esta normativa nunca entró en vigencia en el Ecuador, pese a su carácter menos proteccionista a los porteadores y más favorable a los cargadores, y en general no tuvo mucha acogida a nivel global. El único país, considerado importante dentro del comercio internacional que suscribió Hamburgo, es Chile, siendo la mayoría de los demás países suscriptores países de la comunidad africana.

d. Las Reglas de Rotterdam.-

El nombre oficial de esta novísima propuesta de regulación internacional del transporte marítimo es "*Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo*", título que pone de manifiesto la pretensión de regular más allá del ámbito de aplicación de las Reglas de la Haya-Visby y, sus reformas de Hamburgo.

Se promulgó y puso a consideración de los Estados para su firma en Septiembre del 2009.

Es justamente el objeto del presente estudio el determinar la importancia, el ámbito y alcance de las Reglas de Rotterdam, sus principales

modificaciones respecto a la normativa vigente, y su conveniencia o no de aplicación para nuestro país.

Analizaremos que el objetivo de las Reglas de Rotterdam, no se limitan regular el transporte de mercaderías netamente marítimo, sino que sus disposiciones son aplicables incluso al contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, incluyendo al transporte multimodal entre sus regulaciones.

VI

EL Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento”, (“REGLAS DE LA HAYA VISBY”)

a. Historia.- Modificación de las Reglas por los Protocolos de 1968 y 1979.-

Ya hemos explicado anteriormente cómo la necesidad de unificación e internacionalización de la normativa que regula el transporte de mercaderías internacional llevó a la elaboración del Convenio de Bruselas que recogió las llamadas Reglas de La Haya de 1924, luego su Protocolo Modificadorio de 1968 y, un posterior Protocolo de 1979.

Luego de múltiples Congresos y reuniones que buscaban aportar las soluciones encontradas en los distintos ámbitos nacionales para su aplicación en una esfera global, y gracias a los acuerdos a los que se sometieron tácitamente los cargadores y porteadores marítimos (con una activa influencia de opinión de banqueros y aseguradores), se concretaron las Reglas de La Haya, recogidas como dijimos, en el convenio de Bruselas en 1924.

Previo a analizar las Reglas de La Haya y sus posteriores modificaciones, revisaremos los antecedentes a su formulación.

Hubo varios intentos de unificación anteriores a las Reglas de La Haya que si bien por determinados motivos no llegaron a ver la luz sirvieron de bases o cimientos para éstas.

En 1882 tuvo lugar la Conferencia de Liverpool de 1882, organizada por el "Affreightment and International Bill of Lading Commitee"²², que redactó un proyecto de conocimiento de embarque tipo, a fin de que éste sea adoptado por los porteadores y, de esta manera alcanzar una cierta unificación.

A la Conferencia de Liverpool la siguieron la de Hamburgo de 1885, la de Londres de 1887, la de Génova de 1891 y luego de Londres de 1893, en la que se aprobó un proyecto de "Rules of Affreightment"²³.

El resultado más importante de las citadas Conferencias fue la transformación de la "Association for the Reform and Codification of the Law of Nations"²⁴ a la "International Law Association"²⁵, que junto con el surgimiento del Comité Marítimo Internacional contribuyeron a la discusión de la regulación las relaciones entre porteadores y cargadores. El Comité Marítimo Internacional inició en 1905 los estudios sobre unificación en materia de transporte marítimo, y luego de varios años redactó un anteproyecto dirigido, una vez más, a la unificación a través de un conocimiento de embarque tipo de uso general.

Por su parte, terminada la primera guerra mundial, la International Law Association preparó la Conferencia de La Haya, celebrada del 30 de agosto al 3 de septiembre de 1921, en la que se presentó un proyecto de reglas para el transporte marítimo de mercaderías, tomando como idea central una vez más el conocimiento de embarque tipo, el mismo que fuera aprobado en dicha reunión.

De esta manera nacieron las Reglas de La Haya de 1924, que sin embargo tenían un problema intrínseco a su formulación; si bien los porteadores las reconocían como justas y convenientes para evitar los enfrentamientos entre ellos y con los cargadores, ningún porteador estaba dispuesto a adoptarla voluntariamente por la consiguiente desventaja que supondría frente a los porteadores que no las acataran. Las

²² Comité de Fletamento y Conocimiento de Embarque Internacional

²³ Normas de Fletamento

²⁴ Asociación para la Reforma y Codificación de la Ley de las Naciones

²⁵ Asociación de Derecho Internacional

Reglas carecían de capacidad de ejecución obligatoria, y por lo tanto no tenían efectividad alguna. Esto motivó a que se decidiera convocar a una Conferencia Diplomática Internacional, a fin de adoptarla como legislación internacional y, por lo tanto, aplicable y obligatoria para todos los porteadores (o al menos para aquéllos pertenecientes a los países que suscriban el Convenio).

Como consecuencia de lo anterior, la vía del Conocimiento de embarque tipo como incorporación de las Reglas vería su fin, dando lugar a la promulgación de un Convenio Internacional como el de Bruselas en 1924, de cumplimiento obligatorio.

La requerida Conferencia Diplomática tuvo lugar en Bruselas del 17 al 26 de octubre de 1922, a pocos días de haberse celebrado la Conferencia de Londres (en donde se realizaron pequeñas modificaciones a las Reglas), y fue organizada por el Comité Marítimo Internacional. Durante dicha conferencia se analizó el concepto de la limitación de la responsabilidad de los propietarios de las naves y de los privilegios e hipotecas marítimos y se realizaron pequeñas rectificaciones a las Reglas de La Haya. No obstante, el proyecto de Conocimiento de embarque no pasó sin tener algunas dificultades, principalmente por las diferencias entre el derecho continental (civil law) y el anglosajón (common law), diferencias que en lugar de ser resueltas fueron obviadas mediante una fórmula elástica consistente en que cada Estado podía introducir en el Derecho interno el texto propuesto (de caracteres marcadamente anglosajones), ya sea dando al Convenio fuerza de ley o introduciendo sus disposiciones en el Derecho interno en forma apropiada a cada legislación. El Ecuador optó por la primera opción, pese a no ser la forma más recomendada de hacerlo. Luego veremos cómo ésta decisión ha contribuido a dificultar la puesta en práctica de las Reglas y, ha traído profundas polémicas respecto a su vigencia en el país.

Finalmente, la Conferencia de Bruselas aprobó el Convenio el 24 de agosto de 1924 con el título de *“Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento”*, cuyas normas se han conocido, como hemos mencionado anteriormente, como “Reglas de La Haya”.

b. Modificación de las Reglas por los Protocolos de 1968 y 1979, conocidas como Reglas de la Haya-Visby.-

Pese a que el Convenio de Bruselas de 1924 tuvo una amplia difusión y una gran acogida en el sector naviero, sobre todo entre los porteadores que gozaban de una posición favorable en materia de riesgos, un movimiento importante de comenzó a surgir procurando una reforma profunda de las Reglas de La Haya.

Las principales causas de estas reformas fueron, en primer lugar, las prerrogativas que se le otorgaban a los porteadores en cuanto a la poca carga de riesgo que se les asignó, y por otro respecto a la ambigüedad e inaplicabilidad en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en los contratos de transporte en los que se empleaban documentos contractuales distintos al Conocimiento de embarque. Finalmente, mediante estas reformas se buscó solucionar también las carencias que las Reglas de La Haya tenían en relación a normas de jurisdicción, plazos, etcétera.

En realidad, el principal impulso a la reforma provino de los países exportadores que carecían de una flota naviera considerable, y que para realizar su comercio debían depender de embarcaciones de otros países, embarcaciones protegidas por las Reglas de La Haya.

El 23 de febrero de 1968 se promulga el Protocolo que concretó las llamadas *Reglas de La Haya-Visby*, que si bien reformó de forma limitada las Reglas de La Haya, fortaleció el valor probatorio del Conocimiento de embarque en casos de transferencia a un tercero de buena fe (Véase el apartado V.b.iv.) además de ampliar el plazo para el ejercicio de las acciones de repetición contra terceros, entre otras reformas importantes.

El Ecuador adoptó las Reglas de la Haya-Visby y las publicó el 1 de Febrero de 1978 en el Registro Oficial No. 518, con una Fe de erratas publicada en el Registro Oficial No. 881 del 9 de Febrero del 1996.²⁶

²⁶ Esta Fé de Erratas fue provocada por el suscrito autor de esta Tesis, que habiendo advertido la existencia de un grueso error en la traducción del artículo 6 bis, hizo notar a la Cancillería que se había omitido las palabras "contra terceros", lo que variaba considerablemente el sentido de la norma y el espíritu de la Convención.

Posteriormente, se modificó una vez más el Convenio de Bruselas, mediante el Protocolo de fecha 21 de diciembre de 1979, que como consecuencia más importante tuvo la de sustituir el “franco oro” como moneda de cuantificación de las limitaciones de responsabilidad por el llamado “Derecho Especial de Giro” del Fondo Monetario Internacional. El Ecuador nunca suscribió este último Protocolo Modificatorio.

c. Análisis de las Reglas y Naturaleza Jurídica.-

El transporte marítimo internacional de mercaderías es, a la luz de las Reglas de La Haya-Visby, una modalidad o especie del gran género que constituye el contrato de transporte, el mismo que en el Ecuador se encuentra principalmente regido por el Código de Comercio.

Estamos pues ante la relación jurídica que nace del acuerdo por medio del cual una persona asume, a cambio de un precio, la obligación de trasladar una cosa de un lugar a otro.

Para efectos de las Reglas de La Haya-Visby y del tema general que guía al presente trabajo, nos referimos a aquella relación en la cual lo que se transportan son mercaderías, a través de embarcaciones que la llevan de un país a otro por vía marítima, y en que el contrato queda plasmado o no, en el documento que ya hemos descrito anteriormente llamado Conocimiento de embarque u otro documento de título similar.

Como dijimos anteriormente, la finalidad del Contrato de transporte es la obligación que asume el porteador o transportista de trasladar de un lugar a otro la mercadería puesta a su disposición a cambio de un precio llamado flete, estando obligado a entregar los bienes en el destino pactado y en las mismas condiciones que los recibió. Descubrimos, así, la obligación de custodia que tiene el transportista²⁷, la misma que es propia de nuestra tradición civilista respecto a la obligación de entregar, y que también es recogida también por las Reglas de La Haya-Visby, como lo revisaremos más adelante.

²⁷ Obligación similar al del depositario remunerado indica el art.235 del Código de Comercio

Lo anterior nos indica que estamos ante una obligación de resultado, el mismo que consiste en efectuar el traslado de las mercancías en el tiempo pactado, y entregarlas en el mismo estado o condiciones en que el transportista las recibió. La contraprestación que recibe se constituye en el flete o precio que el cargador (o quien encarga el transporte) debe entregarle como pago del traslado referido.

Estamos pues ante un contrato eminentemente *consensual*; que requiere de la entrega de la mercadería como presupuesto necesario para la ejecución o cumplimiento del mismo, pues sin la entrega de las mercaderías no puede perfeccionarse el traslado de las mismas; eminentemente *oneroso y bilateral* por cuanto existe una contraprestación en el flete, sin que esto signifique que no pueda celebrarse este contrato para beneficio de un tercero. No es un contrato *formal*, pues para su otorgamiento no requiere de formalidad especial.

Finalmente, una característica que podemos considerar “generalizada” en la actualidad, es la de ser un *contrato de adhesión*, por cuanto como hemos visto, las Reglas de La Haya-Visby, y sus predecesoras, tienen como punto central de su regulación el Conocimiento de embarque como pieza fundamental del contrato de transporte, el mismo que en la práctica constituye un verdadero contrato de adhesión por cuanto las líneas navieras y los transportistas en general otorgan modelos o formularios estandarizados e impresos, que contienen estipulaciones a las cuales el usuario del transporte se adhiere al momento de contratar el servicio.

d. Definiciones.-

El primer Artículo de las Reglas de La Haya-Visby nos trae diversas definiciones que consideramos importante transcribir a fin de permitir una mejor comprensión del análisis de las regulaciones del contrato de transporte marítimo de mercaderías.

La primera (y más obvia) definición que traen las reglas es la de *porteador*, que comprende al propietario del buque o a su fletador, dentro del contrato de transporte.

Respecto al *contrato de transporte*, como hemos hecho notar en anteriores ocasiones se establece que las Reglas se aplican *únicamente al contrato de transporte formalizado en un Conocimiento o en un documento similar que sirva como título para el transporte de mercancías por mar*; aplicándose igualmente al Conocimiento o documento similar emitido en función de una póliza de fletamento cuando rige las relaciones entre el porteador y el tenedor del conocimiento.

Por *mercancías* las Reglas entienden los bienes, objetos y artículos de cualquier clase, con excepción de los animales vivos y del cargamento que en el contrato de transporte se declara colocado sobre cubierta y es, en efecto, transportado así. Lo anterior explica por qué el porteador en ningún caso será responsable de pérdidas o daños a los cargamentos que se produzcan en relación con mercancías cargadas sobre cubierta y con animales vivos.

Finalmente, a la luz de las Reglas por *buque* se entiende toda aquella embarcación utilizada para el transporte de mercancías por agua, entendiéndose este último como el período comprendido entre el momento en que las mercancías se cargan en el momento en que son dados de alta de la nave.

e. Riesgos.-

Según lo hemos explicado en los antecedentes de este trabajo, con la regulación internacional del transporte marítimo de mercaderías, se buscó unificar las disposiciones que regulan, principalmente, *los riesgos y limitaciones a la responsabilidad de los porteadores*. Las Reglas establecen, de forma excluyente incluso a las disposiciones legales propias de cada país ratificante, que todo contrato de transporte de mercancías²⁸ se sujetará a las responsabilidades y obligaciones en ellas establecidas, así como a los derechos y sobre todo a las inmunidades y defensas otorgadas por las mismas. De esta forma se hace un énfasis especial en que ninguna limitación a la responsabilidad, o derecho o prerrogativa otorgado por la legislación nacional puede regir el contrato de transporte de mercaderías

²⁸ Como vimos al hablar del ámbito de aplicación de las Reglas, nos referimos al transporte en el que existe un conocimiento de embarque o documento similar.

por mar y, de igual forma, las limitaciones y prerrogativas contenidas en las Reglas a favor de los porteadores no pueden inobservarse por los Tribunales de los países ratificantes, incluso si la legislación nacional (como es el caso de Ecuador) no establece normas que permitan la limitación a la responsabilidad.

El concepto más importante que manejan las Reglas en relación al porteador, es como vimos al hablar del Conocimiento de embarque, es la obligación del porteador *de poner la nave en estado de navegabilidad y en capacidad de transportar la carga*. Como veremos, la negligencia o culpa no tiene para las Reglas el mismo significado que para la legislación común²⁹, puesto que se encuentra radicalmente restringida al cumplimiento de las Responsabilidades y Obligaciones del porteador, y limitada al incumplimiento de éstas.

Conforme al Artículo 3 de las Reglas, las Responsabilidades y Obligaciones del porteador son las siguientes:

1. Antes y al principio del viaje:

El porteador está obligado a tener la debida diligencia en los siguientes aspectos:

La Navegabilidad del Buque;

Tripulantes adecuados y el equipamiento y abastecimiento del buque; y,

Que las bodegas, cámaras de refrigeración y en general todas las partes del buque en las que se vaya a transportar las mercaderías sean aptas y seguras para su recepción, transporte y conservación.

²⁹ En los países con el sistema de derecho consuetudinario o "Common Law" las Cortes han establecido un concepto de negligencia totalmente conforme con el de las Reglas de La Haya-Visby, es más, es lógico pensar que éstas obtuvieron sus principios en este respecto de la jurisprudencia inglesa, especialmente.

2. Cargar, manejar, estibar, transportar, mantener, cuidar y descargar la mercadería de manera apropiada y cuidadosa³⁰.

3. Después de recibidas las mercaderías:

Después de recibidas las mercaderías, el porteador, su capitán o su agente deberá entregar (a petición del cargador) un conocimiento de embarque que debe contener lo siguiente:

Las marcas necesarias para la identificación de las mercaderías, tal como constan por escrito por el cargador antes de que comience el embarque de las mismas, siempre que dichas marcas estén estampadas o se puedan observar fácilmente en las mercaderías, o en sus cajas o cubierta externa en la que éstas estén contenidas, de manera que ordinariamente permanezcan legibles hasta el final del viaje;

El número de paquetes o piezas, o la cantidad, o peso, según corresponda, según haya informado por escrito el cargador; y,

El estado y condición aparentes de las mercaderías.

Ni el porteador, ni su Capitán, ni su agente están obligados a declarar o hacer constar en el conocimiento de embarque ninguna marca, número, cantidad o peso cuando tengan motivos razonables para sospechar que dichas medidas no representan de forma precisa las mercaderías efectivamente recibidas, o cuando no haya tenido ningún medio razonable de confirmarlas.³¹

En este punto, conviene hacer una observación respecto al carácter manifiestamente proteccionista del porteador que reviste a las Reglas de La Haya-Visby, toda vez que si bien obligan al porteador a declarar el estado, cantidad y condición de las mercaderías transportadas, le permiten excepcionarse a esta limitación, cuando puedan argumentar razones razonables para creer o sospechar únicamente que las medidas expre-

³⁰ Estas obligaciones están limitadas, como veremos, expresamente por el Artículo IV de las Reglas.

³¹ Art. 819 del Código de Comercio, el Capitán puede decir "que ignora la especie, número, peso o medida de las mercancías embarcadas".

sadas por el cargador no son las correctas, e incluso cuando simplemente no hayan tenido forma de confirmarlas. El porteador o sus agentes, al rechazar suscribir el conocimiento de embarque con las especificaciones referidas, no se hace responsable por éstas salvo que se demuestre su culpa (limitada, siempre a las disposiciones de las Reglas). En nuestro país, la negativa de suscribir un Conocimiento de embarque con las especificaciones señaladas eliminaría el mecanismo de prueba de la responsabilidad del transportista en caso de pérdida o daño de las mercaderías³².

No obstante lo anterior, la utilización de los sellos en las mercaderías o en sus cajas o cubiertas ha servido para restarle un poco de importancia a esta prerrogativa del porteador, pues basta probar que los sellos son los mismos y que no han sido removidos, para justificar que se ha mantenido el mismo estado, condición y cantidad de las mercaderías que el que tenían al momento de ser recibidos para el embarque.

*4. Dicho Conocimiento, constituirá una presunción, salvo prueba en contrario, del recibo por parte del transportador de las mercaderías tales como están descritas en el mismo, de conformidad con el parágrafo 3, a, b y c.*³³

Sin embargo, la prueba en contrario no es admisible si el Conocimiento ha sido transferido a un tercero de buena fe, disposición muy similar a la de otros títulos valores cuando son transferidos a terceros.

Para las Reglas, como hemos venido sosteniendo en este trabajo, el Conocimiento de embarque es el centro y foco de la regulación, por cuanto éste está revestido de las características necesarias para no solo ser la prueba máxima del contrato de transporte en sí mismo, sino (como hemos expuesto en acápites anteriores) también del recibo de la mercadería.

³² El Artículo 821 del Código de Comercio establece que los conocimientos de embarque hacen fe entre las partes interesadas en el cargamento, y entre ellas y los aseguradores, y en consecuencia el Artículo 831 del referido cuerpo legal exige, como requisito obligatorio para la presentación de la demanda, que ésta se apoye en el conocimiento de embarque, sin el cual no debe dárseles curso.

³³ Arts. 821, 820, 746 y 218 del Código de Comercio que establece la misma presunción

Es justamente en consideración a esto último que las Reglas establecen una presunción de que el porteador ha recibido las mercaderías en el estado y condición descritas en el Conocimiento de embarque, y por lo tanto su obligación consiste en entregar las mismas mercaderías, en el mismo estado y condición, a fin de cumplir cabalmente con el contrato de transporte. Esta presunción no supone la responsabilidad instantánea o inmediata del porteador en caso de discordancia entre la mercadería entregada y el Conocimiento, pues bien puede el transportista, ya probar que la mercadería entregada no coincidió con la declarada en el Conocimiento de embarque, ya excepcionarse en el sentido de que las modificaciones o daños no ocurrieron por falta de debida diligencia en la navegabilidad de la nave al momento de recibirlas, ya por cualquiera otra de las exoneraciones a su responsabilidad que revisaremos.³⁴

No obstante lo anterior, es de fundamental importancia revisar lo que señalan las Reglas respecto al Conocimiento de embarque endosado a un tercero de buena fe.

Como hemos dicho anteriormente, el Conocimiento de embarque tiene la función de título valor, -cuando es emitido a la orden- y como tal puede ser endosado con el efecto de que, durante el viaje, las mercaderías pueden cambiar de dueño y pasan a propiedad del endosatario del título. Este tercero que pasa a ser endosatario del Conocimiento de embarque tiene plena confianza de que está recibiendo las mercaderías descritas en dicho documento.

Es en función de esta confianza, que las Reglas establecen una presunción de derecho a favor del tercero de buena fe consistente en que el porteador no puede probar que en las mercaderías efectivamente embarcadas fueron distintas a las declaradas en el Conocimiento de embarque. Quedan abiertas, eso sí, las acciones que pudiera tener el porteador en contra del cargador, pero sin que esto afecte de ninguna forma al tercero de buena fe.

³⁴ Art. 747 del Código de Comercio, la prueba de la existencia de excepciones a su responsabilidad le corresponde al Capitán

5. Se considerará que el cargador ha garantizado al transportador, en el momento de la carga, la exactitud de las marcas, del número, de la cantidad y del peso según el los ha facilitado, y el cargador indemnizará al transportador por todas las pérdidas, daños y gastos provenientes o resultantes de inexactitudes sobre esos puntos. El derecho del transportador a dicha indemnización no limitará en forma alguna su responsabilidad y sus compromisos en virtud del contrato de transporte con respecto a toda persona que no sea el cargador.

Se confirma lo que habíamos señalado en su momento respecto a la presunción contenida en el conocimiento de embarque. El porteador se hace responsable de entregar exactamente lo mismo, en igual estado y condición a aquello que declara recibir en el conocimiento de embarque. La costumbre mercantil ha creado desde hace varios siglos esta obligación, con la que se asegura dotar al embarcador del mínimo mecanismo necesario para su seguridad, esto es, que el porteador tenga la responsabilidad de entregar aquello a lo que se obligó a recibir.³⁵

El valor probatorio del conocimiento de embarque respecto al estado, calidad y cantidad de las mercaderías aparece en nuestro Código de Comercio, de forma escueta, por cierto, en su Artículo 821³⁶.

La parte final de la disposición señala que la obligación de indemnizar al cargador es independiente de todas aquellas obligaciones que el porteador haya adquirido en virtud del Contrato de transporte frente a otras personas, pudiendo éstas ser empresas dueñas de la carga, aseguradoras, bancos, y demás, por las más variadas razones. Nos indica lo anterior que la responsabilidad o garantía otorgada por el porteador al cargador a través del Conocimiento de embarque es personal (salvo endoso del documento) y no obsta que las demás personas que se creyeren asistidas por el Contrato de transporte persigan al porteador.

³⁵ En el art. 218 del Código de Comercio, se establece que el principio es de que no habiendo indicación sobre el estado de las mercancías, existe la presunción de que éstas son embarcadas en buen estado y condición.

³⁶ Art. 821 del Código de Comercio Los conocimientos hechos según las disposiciones anteriores, hacen fe entre las partes interesadas en el cargamento, y entre ellas y los aseguradores.”

Protesto y Prescripción.-

Las disposiciones de las Reglas respecto a la necesidad del Protesto y al plazo de un año para la presentación de las acciones judiciales, es en mi experiencia lo que más ha tenido discusión en los tribunales de justicia en este país.

Dicen las Reglas, respecto a la notificación de la pérdida o daños al porteador lo siguiente:

6. A no ser que se dé por escrito al transportador o a su agente en el puerto de desembarque un aviso de las pérdidas y daños y de la naturaleza general de esas pérdidas o daños, antes o en el momento de retirar las mercaderías y de su entrega a la custodia de la persona que tenga derecho a la entrega en virtud del contrato de transporte, ese retiro constituirá hasta prueba en contrario, una presunción de que las mercaderías han sido entregadas por el transportador tal como están descritas en el conocimiento.

Si las pérdidas o daños no son aparentes, el aviso deberá darse dentro de un plazo de tres días después de la entrega. (las negrillas son mías)

Las reservas escritas son inútiles si el estado de la mercadería ha sido comprobado por inspección en el momento del recibo.

El requisito del Protesto no es algo nuevo en la legislación marítima ecuatoriana, y es una institución (lógica, por cierto) que el Código de Comercio recoge en su Artículo 1009³⁷ y en el art. 248 ibidem. Sin

³⁷ Código de Comercio, Art. 1009.- Se extinguen:

- 1.- La acción contra el capitán y contra los aseguradores por daños causados a las mercaderías, si éstas fueren recibidas sin protesta;
- 2.- Las acciones contra el fletador por averías, si el capitán entrega las mercaderías y recibe el flete sin protestar; y,
- 3.- Las acciones por indemnización de daños por abordaje, si el capitán no hubiese protestado oportunamente.

Esta disposición no es aplicable al caso en que el abordaje causare la pérdida total de la nave.

Las protestas a que se contrae este artículo no producirán efecto:

- 1.- Si no se hicieren y notificaren, dentro de setenta y dos horas, en los casos de los dos primeros números, y dentro de veinticuatro horas, en los del tercero; y,
- 2.- Si hechas y notificadas oportunamente, no se intentare demanda judicial dentro de los treinta días siguientes a la notificación.

embargo, a diferencia de lo que se establece en las Reglas, en donde la falta de protesta es simplemente una presunción de que se han entregado las mercaderías conforme al conocimiento de embarque, en el Código de Comercio la falta de Protesto extingue definitivamente la acción en contra del porteador.³⁸

Esta aparente incompatibilidad entre las Reglas y la legislación interna no tiene una solución definitiva, pues las Reglas nada dicen respecto a la extinción de la acción en caso de falta de protesta, y por lo tanto deviene dificultoso alegar, ante la claridad del Artículo 1009 o el 248 del Código de Comercio, que por supremacía legal de las Reglas (supremacía de un Convenio Internacional) éstas eliminarían dicha causa de extinción. Estamos pues, ante otro de los casos en los que la legislación nacional no ha sido reformada o adaptada a los instrumentos internacionales celebrados por el país.

Por otro lado, respecto a la prescripción de la acción, las Reglas señalan lo siguiente:

Bajo reserva de las disposiciones del párrafo 6 bis, el transportador y el buque quedarán en todo caso liberados de toda responsabilidad relativa a las mercaderías, a menos que se haya intentado una acción dentro del año posterior a su entrega o de la fecha en la que debieron haber (sic) sido entregadas. Este período puede sin embargo ser extendido por un acuerdo entre las partes con posterioridad al hecho que ha dado lugar a la acción.

En caso de pérdida o daños, seguros o supuestos el transportador y el receptor se darán recíprocamente todas las facilidades razonables para la inspección de la mercadería y la verificación del número de bultos.

Las Reglas establecen el requisito de notificar al porteador con el daño o pérdida de la mercadería, como supuesto necesario y lógico por cuanto el porteador debe conocer la insatisfacción de parte del embarcador con el transporte efectuado por el porteador. El plazo establecido para esta notificación es de tres días desde que se recibe o debió recibir la mercadería cuando el daño o pérdida no es visible, y en el momento de la descarga cuando el daño o pérdida sí lo es. Como se nota, las Reglas

³⁸ Art. 248 numeral 2, la ley interna exige que el protesto se lleve a cabo dentro de las 24 horas de abrir los bultos.

permiten que las partes acuerden una inspección o peritaje conjunto de la carga, en cuyo caso la necesidad de notificación del daño o pérdida, esto es, el Protesto, pierde su sentido y por lo tanto ya no es necesario.

Adicionalmente, el porteador queda liberado también de su responsabilidad cuando el embarcador o quien se creyere afectado por el transportista no intentare dentro de un año desde su entrega o desde que debieron ser entregadas las mercaderías, la correspondiente acción judicial.

Esta disposición es quizás una de las de mayor trascendencia e importancia en la protección del transportista que inspira la promulgación de las Reglas de La Haya-Visby. El plazo de prescripción de las acciones originadas en el transporte marítimo de mercaderías por mar bajo régimen de Conocimiento de embarque es de un año, el mismo que se cuenta desde la fecha en que se entregaron las mercaderías, esto es, desde el último día del desembarco de las mismas, o desde la fecha en que éstas debieron ser entregadas (sobre todo, en caso de pérdida total de las mismas), en cuyo caso se cuenta desde la fecha en la que arribó o tenía previsto arribar el buque.³⁹

Recién desde hace pocos años, la jurisprudencia ecuatoriana ha venido aplicando el plazo de prescripción de un año, por cuanto durante mucho tiempo se sostenía que las Reglas de La Haya-Visby no se encontraban vigentes en el país, pese a su ratificación y promulgación en 1978.⁴⁰

Por otro lado, como hemos referido anteriormente, el numeral 6 (bis) de las Reglas fue corregido mediante publicación realizada en el Registro

³⁹ Art. 1003 del Código de Comercio, también establece un año para la prescripción de las acciones, pero condiciona a que el buque en cuestión haya estado fondeado por el término de quince días, lo cual es hoy en día absolutamente impracticable e imposible, pues los buques de línea permanecen 5 o seis horas en los puertos de descarga. También el art. 248 numeral 4 *ibidem* se refiere al plazo de un año.

⁴⁰ Los intereses de la carga, a efectos de poder aplicar el plazo de prescripción general de 5 años impuesto por el artículo 1006 *ibidem*, aplicaba la teoría de que el Convenio de la Haya-Visby no estaba vigente en el Ecuador, porque nunca había sido ratificado por el Congreso Ecuatoriano. Posición a todas luces errada pues el país se adhirió a esta Convención en tiempos de la Dictadura que sumió todos los poderes del Estado.

Oficial 881 del 9 de febrero de 1996, por un error en la traducción del idioma inglés al español del Convenio, habiéndose omitido las palabras “*contra terceros*”, luego de las palabras “*acciones indemnizatorias*”, causando un gravísimo problema respecto a si la prescripción de un año cabía o no frente a demandas presentadas por terceras partes, principalmente, por las aseguradoras de los embarcadores o consignatarios.⁴¹

El referido numeral 6 (bis), una vez corregido, señala lo siguiente:

6-bis. Las acciones indemnizatorias contra terceros podrán ser ejercidas aún después de la expiración del período previsto en el párrafo precedente si son entabladas dentro del período determinado por la ley del tribunal interviniente. Sin embargo este período no podrá ser inferior de tres meses a contar del día en que la persona que entabla la acción indemnizatoria ha pagado el reclamo o ha sido notificada de la acción iniciada en su contra.

La principal consecuencia que tuvo este error en la traducción, fue que las aseguradoras buscaron aplicar en su favor la prescripción especial de las normas de seguro, cuando como es apenas obvio la prescripción o plazo de extinción aplicable a controversias originadas en contratos de transporte marítimos es la establecida en las Reglas. La lectura de la disposición con el error (de no incluir la palabra “*contra terceros*”) hacía que el plazo de un año desapareciera pues, al no existir la palabra *contra terceros*, implicaba que las acciones contra el armador podían ejercerse dentro del período de prescripción (ordinaria) establecido en el país en donde se formularía la acción (en este caso se aplicaba el plazo de cinco años establecido en el artículo 1006 antes mencionado). Cuando la intención de la disposición es, separar las acciones contra el transportista de acciones que se planteen contra terceros. Las acciones contra el transportista prescriben en un año, mientras que las acciones contra terceros en el tiempo de prescripción ordinario establecido por la normativa interna de cada país. Como tercero debemos entender, no al porteador o transportista, porque es parte del contrato de transporte, sino a los operadores, estibadores, agentes, etc.

⁴¹ La modificación la hizo el Ministerio de Relaciones exteriores gracias que nosotros advertimos el error y sugerimos la enmienda.

Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta para que luego de producido el daño o la pérdida, o concretamente posterior a la entrega de las mercaderías, las partes acuerden extender el año de la prescripción, ya porque se está negociando, ya porque se está esperando un informe pericial o por cualquier razón que las partes consideren.

Nulidad de las Cláusulas que Eximan de Responsabilidad al Porteador.-

Toda vez que la creación de una Convención o estructura regulatoria uniforme y universal buscaba evitar que mediante la negociación individual entre porteadores y dueños de la carga, los primeros abusen de su posición de dominio del mercado e inserten en los contratos, cláusulas que lo eximan de toda responsabilidad en caso de daño o pérdida, era ineludible la necesidad de expresamente declarar nulas todas las cláusulas que se estipulen en este sentido:

8. Todas las cláusulas, convenciones o acuerdos en un contrato de transporte que eximan al transportador o al buque de responsabilidad por pérdida o daño ocasionados a mercaderías por causas de negligencia, culpa o falta de cumplimiento a los deberes u obligaciones establecidas en este artículo, o que atenúen esa responsabilidad en una forma que no sea la prescrita por esta Convención, serán irritos, nulos y sin efecto. Una cláusula que ceda el beneficio del seguro al transportador o cualquier cláusula similar será considerada como que exime al transportador de su responsabilidad.

El Ecuador se adhirió a la “Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos”, celebrada en Bruselas el 25 de agosto de 1924 (Convenio de Bruselas) y a su Protocolo Modificatorio del 23 de febrero de 1968, por Decreto Supremo número 935 publicado en el Registro Oficial número 518 del 1 de Febrero del 1978.

VII LAS REGLAS DE ROTTERDAM

RAZÓN DE SER DE LAS NUEVAS REGLAS.-

La razón de ser de las nuevas reglas, es el interés que tiene la comunidad internacional de armonización y uniformidad de normativa

en materia de transporte marítimo de carga. Hoy en día no existe uniformidad en la normativa del transporte marítimo de carga, pues existen tres regímenes internacionales, a saber: Las Reglas de La Haya de 1924 que al menos 4 países de América Latina lo utilizan; el Protocolo de Visby, que modificó en 1968 y convirtió las reglas originales en Las Reglas de La Haya-Visby, de la cual nuestra país es signatario; y, las Reglas de Hamburgo, de 1978 que es usada por al menos tres países latino americanos. Si a estos tres regímenes, le agregamos que en cada uno de nuestros países existen normas internas del derecho comercial que suplen lo que los convenios internacionales no tienen, o no pueden contemplar, podemos decir que en lugar de tres regímenes tenemos a un cuarto, que son las leyes internas de cada país. Finalmente y no menos importantes, existen convenios regionales, como el de la CAN, de la cual nuestra país es parte, que también tienen normas relativas al transporte de carga, especialmente al multimodal que afectan a los países miembros y que difieren no solo de las leyes internas de cada uno de ellos, sino de los Convenios internacionales que hemos mencionado.

La idea, entonces es lograr que la mayor parte de países que forman la comunidad internacional se sumen a un solo instrumento, para lograr la uniformidad y armonización del derecho en esta materia. Un instrumento que logre la "globalización" del derecho de transporte marítimo de carga.

Adicionalmente, se requiere de modernizar los instrumentos internacionales en esta materia. Si como hemos visto, los instrumentos datan de 1924, 1968 y 1978 respectivamente, es lógico suponer que la legislación internacional va quedando corta en relación con los avances tecnológicos en el transporte. La venida de la era "del contenedor", la transportación "refrigerada", el advenimiento del "comercio electrónico", son solo unos ejemplos de la necesidad de ajustar la normativa a las necesidades modernas del comercio internacional. Ninguno de los instrumentos internacionales que existen hoy en día, incluyen en sus textos estas nuevas técnicas de transporte, simplemente porque en la época que fueron desarrollados, ni existía el contenedor, ni existían buques con la tecnología que existe hoy en día, ni el comercio se llevaba a cabo como hoy, a través de medios electrónicos.

ORIGEN DE LA NUEVA CONVENCION.-

La Convención de Rotterdam fue promulgada para su firma el 23 de Septiembre del 2009, y va a estar abierta para su firma y ratificación por doce meses más, es decir, hasta el 23 de Septiembre de este año.⁴² Luego de transcurrido dicho período, los demás países simplemente podrían adherirse a las mismas. La Convención y sus Reglas, entran en vigencia un año después de que 20 Estados la hayan ratificado, hasta ahora lo han hecho ya 21 Estados, que son: Armenia, Camerún, Congo, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Gabon, Gana, Grecia, Guinea, Madagascar, Mali, Holanda, Niger, Nigeria, Noruega, Polonia, Senegal, y España, Suiza, Togo. Existe un gran movimiento de apoyo internacional por esta nueva Convención, particular y especialmente entre gremios de embarcadores de Los Estados Unidos, e incluso en porteadores. Sin embargo, existe la duda de si va a seguir ganando la popularidad que se requiere para ser puesta en práctica a gran escala, porque de lo contrario, "el parche geográfico" de las normativas relacionadas con el transporte de mercancías se va a hacer más complicado de lo que es en la actualidad. Aparentemente, los Estados Unidos está pensando en desarrollar una legislación moderna que reemplazaría al COGSA de 1936 y, la Comunidad Europea estaría por introducir su propia respuesta legislativa que se llamaría "Reglas Uniformes de Responsabilidad para el Transporte Intermodal". Este querría decir, que cada área geográfica va a tratar de tener su propio instrumento normativo.

Lo que si se conoce a ciencia cierta es de que la Reglas entrarán en vigencia y estarán vigentes hasta que las regiones introduzcan nuevos regímenes normativos. En Escandinavia, es probable que Suecia y Finlandia también se adhieran a las Reglas de Rotterdam, en vista de que Dinamarca y Noruega ya lo hicieron. Ya han firmado 10 países africanos, lo que nos hace presumir que más países de ese continente lo harán. El Gobierno de China, ha manifestado su vivo interés de adherirse a las nuevas Reglas, lo que no será ningún problema para ellos, pues el Código Marítimo chino es nuevo y muy moderno e incluye normas similares a las de Rotterdam. Los actuales signatarios pueden llegar a ser al menos

⁴² Art. 94 de las Reglas de Rotterdam

un tercio del comercio exterior internacional, de ahí la importancia de estudiar estas nuevas Reglas y analizar su impacto sobre nuestro país.

Uno de los más importantes objetivos de las nuevas Reglas es *crear uniformidad y armonización internacional al régimen de responsabilidad del transporte de mercancías por mar*. Como sabemos, hoy en día, la comunidad cuenta con distintos regímenes que han tratado de conseguir esa uniformidad, pero no lo han conseguido totalmente. Existen países que siguen a las Reglas de La Haya otros que están con La Haya-Visby, otros con Las Reglas de Hamburgo, otros con ninguno de ellos, pero con su legislación interna, etc. Siendo en realidad la de más acogida, Las Reglas de La Haya-Visby a la cual nuestro país ratificó y puso en vigencia en 1978. El objetivo principal de las nuevas Reglas es convencer a la comunidad internacional de acoger a una sola normativa, a un solo régimen de responsabilidad que rijan a nivel mundial.

Las Reglas de Rotterdam constan de 96 artículos divididos en 18 Capítulos, en 53 páginas de contenido. En cambio, las Reglas de La Haya-Visby constan solo de 16 artículos, esta gran diferencia nos hace entender, a) Que el origen de la redacción de La Haya-Visby es cien por ciento anglosajona, y por ende con interés en proteger a sus armadores; b) Que hoy se ha hecho un gran esfuerzo por juntar los conceptos del derecho anglosajón, con el derecho civilista, lo que va a atraer a su seno a más países.

Las Reglas de La Haya-Visby cuentan con solamente 5 definiciones, en cambio que las nuevas Reglas de Rotterdam, tienen cuatro páginas con 30 definiciones⁴³, lo que nuevamente confirma el deseo de los redactores de separarse del control y manejo de la línea anglosajona, por la de incorporar mucho de la práctica y entendimiento civilista.

El objetivo de las nuevas reglas, es tratar de reemplazar esta incertidumbre, con un solo régimen de responsabilidad, que deberán ser aplicados en forma uniforme a los contratos de transporte en donde las nuevas Reglas apliquen.⁴⁴

⁴³ Art. 1 de las Reglas de Rotterdam

⁴⁴ Art. 2 de las Reglas de Rotterdam

Así mismo, como otro objetivo, las nuevas Reglas incorporan en su texto al transporte multimodal, otorgándole la importancia que tiene este sistema de transporte a nivel mundial. En este sentido, las Reglas regulan las actividades de los Operadores de Contenedores y, de los Freight Forwarders.

Los regímenes actuales, consistentes principalmente de Las Reglas de La Haya, Haya-Visby y Hamburgo, regulan el transporte de carga, únicamente bajo la premisa “gancho a gancho”, que quiere decir que éstas rigen y aplican solo desde que el buque engancha la carga, hasta que las desengancha en el puerto de destino. No aplican, ni rigen para el periodo de antes de que las mercancías sean embarcadas, o ya sea, para el período después de que éstas sean desembarcadas. Las nuevas Reglas tienen como innovación, aplican y tienen vigencia, también, sobre el transporte terrestre (que se realiza antes y después del trayecto marítimo), siempre y cuando otra Convención no sea aplicable.

En éstos días, las grandes empresas multinacionales y las grandes líneas navieras, deciden y redactan “contratos a la medida” de sus propias necesidades, y deciden sus propias reglas de juego respecto a las responsabilidades de las partes, los regímenes que los gobiernan y los tribunales que les serán competentes en caso de conflicto. Las Reglas de La Haya-Visby, se promulgó hace más de 50 años, por lo que los tiempos han cambiado y las mega-empresas (cargadores y de transporte) deciden su propia suerte. Rotterdam ha tratado de traer ésta circunstancia que se da en la práctica y los ha incorporado en su texto, permitiendo que en caso de que exista común acuerdo, las partes puedan diseñar su propia normativa.⁴⁵

Finalmente, pero no menos importante, la nueva normativa, le ha restado la prevalencia del documento físico conocimiento de embarque e, incorpora en su texto la importancia del comercio electrónico y de los conocimientos no físicos, los llamados “e-bills”, previendo que en el

⁴⁵ Los llamados “Contratos de Volumen”, establecidos en el artículo 80 de las Reglas de Rotterdam

futuro se eliminará poco a poco el uso de documentos físicos por los emitidos por medios electrónicos.⁴⁶

Hablar de las Reglas de Rotterdam supone estirar la frontera de las regulaciones anteriormente existentes en el transporte marítimo de mercaderías, y darle un alcance más completo y extenso que el que hasta ahora se había aplicado en las Reglas de La Haya-Visby y Hamburgo.

La concepción de regulaciones que giran en torno al Conocimiento de embarque y que limitan la responsabilidad del transportista marítimo ya no son compatibles con las nuevas disposiciones contenidas en Rotterdam, puesto que las nuevas disposiciones tienen pretensiones más ambiciosas: *ya no se busca regular únicamente el transporte marítimo entendiendo por éste el período durante el cual las mercaderías se encuentran en la embarcación, sino que se han propuesto regular el transporte multimodal en general, eso sí, de forma limitada, pues únicamente se entiende su aplicación a los casos en que dentro del referido transporte multimodal existe un tramo marítimo.*

En este último sentido, si bien puede entenderse las Reglas de Rotterdam como un salto a la regulación del transporte multimodal, mal puede dárseles una característica ajena a la regulación del transporte marítimo, pues las nuevas Reglas giran en torno al desplazamiento de la carga por vía marítima, y no pueden entenderse sin esta consideración, pues como hemos anticipado, únicamente el transporte multimodal que contiene un tramo marítimo internacional está regido por estas disposiciones.

Al analizar las Reglas de La Haya-Visby hicimos notar que éstas responden a un criterio documental que determina su aplicación: la existencia de un Conocimiento de embarque o documento similar que corporiza el Contrato de transporte. Las disposiciones de La Haya-Visby giran en torno a la existencia (y regulación) de este documento, que como vimos en su momento su presencia llega a ser un requisito determinante para la aplicación de las mismas.

⁴⁶ Arts. 8, 9 y 10 de las Reglas de Rotterdam

Las Reglas de Hamburgo, que no hemos revisado a profundidad por su inaplicabilidad en el Ecuador, responde por el contrario a un criterio contractual: lo importante no es la presencia del Conocimiento de embarque o de un documento similar a éste, sino la existencia del Contrato de transporte *per se*. Veremos en su momento que este mismo principio inspira las Reglas de Rotterdam respecto a su ámbito de aplicación.

Por otro lado, vimos también que las Reglas de La Haya-Visby además de atender al criterio documental para su aplicación, están regidas por lo que podríamos llamar como un criterio geográfico: *su aplicación está determinada por el embarque o desembarque de las mercaderías en un país que sea parte de las referidas Reglas, o a que la emisión del documento de transporte haya sido realizada en una jurisdicción en la que las normas tengan aplicabilidad.*

El criterio geográfico anterior se subsanaba, como vimos, por la inclusión de las cláusulas Paramount (cláusulas principales) por acuerdo entre las partes, o por la aplicación usual o regular de las mismas, concretamente en el tráfico marítimo de líneas regulares.

Las Reglas de Rotterdam, en cambio, determinan su ámbito de aplicación en sus artículos 2, 5 y 6, y lo hacen eligiendo para ello una mezcla de los criterios anteriormente aplicables: así, el Convenio tendrá aplicación a todo contrato de transporte cuando el lugar de la recepción y el lugar de la entrega de las mercancías estén situados en Estados diferentes, y en el que el puerto de carga y el puerto de descarga de ese mismo transporte estén situados en Estados diferentes, *siempre que de acuerdo a la ruta estipulada por las partes se encuentre ubicado en un Estado Contratante del Convenio ya el lugar de recepción de las mercaderías, el puerto de carga o descarga de las mismas, o el lugar de entrega de la carga.*

Como se observa, se deja de lado el criterio documental para su aplicación, y por lo tanto el Conocimiento de embarque, o un documento similar a éste, no se vuelve un documento crucial para la regulación del transporte por las nuevas Reglas. En la nueva regulación, lo que se atiende es a la existencia de un Contrato de transporte de mercaderías de carácter internacional, como ya lo habría hecho su antecedente más próximo, las Reglas de Hamburgo.

Consideramos que este nuevo criterio es absolutamente importante para resolver las actuales disputas en el transporte internacional de mercaderías, por cuanto la consideración de un Contrato de transporte que gira en torno al documento de transporte, generalmente Conocimiento de embarque, es incompatible con la actividad marítima actual, en la que la utilización de medios electrónicos (guías de transporte y documentos digitales en lugar del tradicional conocimiento de embarque físico) se ha vuelto un uso generalizado.

Podemos decir entonces, en relación a la aplicabilidad del Convenio, que éste se ha modernizado, acogiendo la realidad marítima actual, y separándose de la necesidad de un documento físico como centro o requisito 'sine qua non' del Contrato de transporte. Sin embargo, y pese a que consideramos positivo el avance que en este sentido han significado las Reglas de Rotterdam, vemos en este punto cómo su aplicación puede resultar incompatible con la legislación de muchos de los países ratificantes o que pudieran ratificar su aplicación, especialmente el Ecuador como uno de éstos últimos, pues este criterio tan moderno y actualizado es incompatible con las regulaciones internas que trae nuestra legislación mercantil (Código de Comercio), portuaria, reglamentaria y aduanera, entre otras.

Como podemos deducir, la separación del criterio documental supone un menor uso o dependencia del Conocimiento de embarque en el transporte internacional de mercancías, o por lo menos en su forma materializada o impresa, puesto que como dijimos las nuevas Reglas prevén y regulan los documentos electrónicos de transporte, lo cual pese a los problemas reglamentarios y las complicaciones que de seguro traerá a las autoridades aduaneras y tributarias, supone una actualización de la normativa a la forma de negocio utilizada en la actualidad.

Concluimos este punto haciendo notar que en Rotterdam el contrato de transporte está definido como⁴⁷ *"todo contrato en virtud del cual un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever el transporte marítimo de las mercancías y podrá prever, además, su transporte por otros modos"*, con lo que

⁴⁷ Art. 1.1. de las Reglas de Rotterdam

no se limita al uso del Conocimiento de embarque para la aplicabilidad de las Reglas al contrato de transporte, y aprovechamos para señalar que esta definición demuestra una vez más, la nueva concepción multimodal del contrato de transporte para efectos de esta regulación.

CUÁLES SON LAS PRINCIPALES NOVEDADES QUE TRAE ROTTERDAM Y SUS DIFERENCIAS CON LAS OTRAS CONVENCIONES.-

En esta parte, vamos a tratar de hacer una comparación entre cada uno de los actuales regímenes con el establecido en las nuevas reglas. Así, mencionaremos las diferencias entre las Reglas de la Haya, las Reglas de Hamburgo y las de Rotterdam.

1. Ámbito de aplicación contractual.-

La innovación en las nuevas Reglas, que es su ámbito de acción, si bien también es el contrato de transporte, el artículo 5 establece que el lugar de recepción y el lugar de entrega deben estar situados en Estados diferentes, es decir, que debe haber un tramo internacional. Las reglas de la Haya y Haya-Visby tienen como ámbito de aplicación contractual únicamente el conocimiento de embarque marítimo, de ahí el nombre de esta convención y de su Protocolo modificadorio. Es decir, que estas reglas no aplican a ninguna negociación de transporte de carga que no sea instrumentada a través de un conocimiento.

En cambio, que para Hamburgo, lo que prima es el contrato de transporte, va más allá que las reglas de la Haya y regula el contrato de transporte marítimo en general.

2. Período de Cobertura del Convenio.-

Las nuevas Reglas, serán conocidas en caso de ser puesta en vigencia como las normas "door to door", porque su período de vigencia empieza desde el momento que la carga sale de la bodega del embarcador, hasta que llega a la bodega del consignatario, conforme lo establece su artículo 12. Innovando los conceptos anteriores, pues el período de responsabilidad del porteador se agranda sustancialmente.

Las Reglas de la Haya, aplican desde que la pluma del buque toma la carga hasta que la pluma del barco la toma para descargarla. Por eso la doctrina, la llama "tackle to tackle".

En cambio, las de Hamburgo, aplican de puerto a puerto, por eso se la conoce, como las reglas "port to port".

Rotterdam amplía este período, según se trate de transporte marítimo solamente o de transporte multimodal. En el primer caso, el período de responsabilidad se extiende, siendo responsable el porteador por lo que ocurra con la mercadería de puerto a puerto, esto es, incluyendo a los agentes y operadores portuarios que reciben y estiban la misma en los puertos de embarque y de destino. En el transporte multimodal, el período de responsabilidad, como es lógico, se extiende aún más, haciendo responsable al transportista de la mercadería desde que la recibe en el lugar o domicilio del exportador (su bodega, fábrica, plantación, etcétera), hasta que lo entrega en el domicilio del consignatario (así mismo, su bodega, fábrica, local comercial, etcétera).

Sin perjuicio de lo anterior, las Reglas de Rotterdam permiten la posibilidad de pactar un lugar de recepción y/o de entrega, pero limitado a que el lugar de recepción no puede, ni aún en caso de acuerdo entre las partes, pactarse después de la operación inicial de carga, así como la entrega no puede pactarse antes de la operación final de descarga, con lo que el período mínimo posible de responsabilidad del porteador es inclusive más amplio que el ya fijado por las Reglas de La Haya-Visby, pues basta con el inicio de la operación de carga para que comience la responsabilidad del porteador, la que no puede tener fin hasta que se haya concluido con la descarga total de las mercaderías.

3. Documentación Electrónica.-

El artículo 8 y siguientes y, el artículo 35 y siguientes, de las nuevas Reglas, incluyen a los documentos electrónicos como eficaces para ser empleados en el transporte marítimo de carga. Logrando con esto, una clara innovación y modernización acorde a los tiempos en los que vivimos.

Como ni en 1924, ni en 1968 existía el negocio comercial a través de mecanismos electrónicos, estos documentos ni se los menciona en estas

normas. Tampoco en 1978 eran frecuentes las negociaciones comerciales a través de documentos electrónicos, por los que no se los menciona en Hamburgo.

4. Contenerización.-

En Rotterdam incluye en su texto base legal específica para el transporte de carga por contenedores, como es lógico suponer en varios pasajes, debido a lo popular que es su uso hoy en día en la época contemporánea.

En cambio como en la época que fue promulgadas las reglas de la haya, no existía el tráfico masivo en contenedores, pues éstos recién empezaban a ser populares, el uso de las norma de La haya, se han limitado a tener una "cláusula para containers". Lo mismo que la anterior, Hamburgo está limitado a permitir una "cláusula para containers".

5. Responsabilidad del Porteador Mas balanceada.-

El artículo 14 establece una extensión de la obligación de "la debida diligencia" del porteador, porque establece su obligación a obrar con debida diligencia, antes, al comienzo y durante el viaje por mar. Lo cual no es así con las otras regulaciones que limitan la responsabilidad a la debida diligencia hasta el punto anterior al viaje.

El nuevo régimen excluye las viejas defensas a las que podía acceder el porteador que dicen relación con los errores en la navegación y la administración de la nave, y limitada la defensa de incendio que tienen los viejos regímenes, de acuerdo a lo previsto en el párrafo 3 del artículo 17 de las nuevas reglas. Adicionalmente, la carga de la prueba es del porteador de probar que la causa o una de las causas de la pérdida, del daño o del retraso no debe ser imputable a su culpa, como lo expresa el párrafo 2 del artículo 17 de las nuevas reglas.

Finalmente, y no menso importante, en el párrafo 1 del artículo 59 de las nuevas reglas, se incrementa los límites de responsabilidad del porteador, que queda en 875 unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga, o a 3 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de

mercancías. Lo cual supera, los límites establecidos en las dos convenciones anteriores que son de 666,67 unidades de cuenta por unidad de carga y 2 unidades de cuenta por kilo, en el caso de La Haya, y en el caso de Hamburgo, 835 unidades de cuenta por unidad de carga y, de 2,5 unidades de cuenta por kilogramo de peso. En este Convenio, las obligaciones del transportista consisten en la puesta del buque en un estado de navegabilidad adecuado, y en tripular, armar y avituallar debidamente el buque y mantenerlo así durante el viaje. Así mismo, en mantener las bodegas y partes del buque donde se transporten mercancías o contenedores en un estado adecuado para su recepción, transporte y conservación. Por otro lado, las obligaciones incluyen la cooperación en cuanto al intercambio de información e instrucciones que le facilite el cargador (respecto a características de mantenimiento de la mercadería, capacidad de almacenaje, etcétera) y respecto de la aceptación de instrucciones de la "parte controladora" acerca de las mercancías –siempre que no modifiquen el contrato de transporte- tal como lo señala el artículo 50 del Convenio.

Por el contrario, en las Reglas de La Haya-Visby y en las de Hamburgo, los límites están referidos sólo a los casos de pérdida o daño a las mercancías.

Lo anterior, como hemos dicho, significa una mayor protección al titular de las mercaderías, tomando en cuenta además que la extensión de la regulación al transporte multimodal protegen a los operarios de comercio exterior con el concepto de responsabilidad en "red", esto es, cuando el modo de transporte en el que se produjo el daño quedase identificado, la limitación financiera de la responsabilidad se ajustará a las reglas del instrumento unimodal internacional que sea aplicable a dicho modo.

Finalmente, respecto a la limitación de responsabilidad, en el Convenio de Bruselas de 1924 (Reglas de La Haya) y posteriormente en las Reglas de La Haya-Visby, se empleó la expresión "*bulto o unidad*", lo que dio, en su momento, lugar a dudas y a opiniones contradictorias, sobretudo el término "unidad". Esto responde a una situación de las características del transporte en aquel entonces, cuando por "*bulto*" se entendía, en principio, la idea de una mercancía encajonada o cubierta de cualquier manera con un envoltorio, mientras que el término "unidad"

queda reservado para las demás piezas que pueden integrar el cargamento.

Hoy en día, cuando el Convenio habla de “*unidad de carga*” debe interpretarse como la unidad física que consiste en bultos o unidades que van en o sobre un contenedor o paleta, o, en o sobre un vehículo (de transporte por carretera o ferroviario, recordando la regulación multimodal) o, en o sobre otro elemento de transporte análogo que las agrupe, siempre que figuren enumerados en los datos del contrato como colocados en o sobre dichos elementos de transporte o vehículos. En el caso de que las mercancías que vayan en o sobre estos últimos no estén enumeradas en el contrato, se considerará que constituyen una sola unidad de carga. Por otra parte, y respecto de las mercancías cargadas a granel, los límites deben ser calculados sobre su peso, o sobre la unidad de flete respectiva.

En este mismo orden de ideas, debe notarse un concepto nuevo en las Reglas de Rotterdam, propio del desarrollo del transporte de mercaderías y la “contenerización” del mismo, a la que hicimos referencia en las generalidades del contrato. En el artículo 4, apartado 26, las Reglas de Rotterdam definen la palabra “contenedor” como “*todo tipo de contenedor, plataforma o tanque portátil y cualquier otra unidad de carga similar utilizada para agrupar mercancías, así como todo equipo auxiliar de dicha unidad de carga*”. Esto, como puede anticiparse, busca resolver las dudas que sobre todo en los tribunales anglosajones trajo la definición de “bulto o unidad”, y en concreto, la cuantificación de las limitaciones de responsabilidad en función de las formas de transporte.

En cuanto a *los daños y perjuicios* derivados del retraso en la entrega de la mercancía por el transportista, a pesar de algunas dudas que podrían surgir del contenido de los artículos 60, 22 y 17 de las Reglas, debe tomarse nota de que cuando se habla de pérdida o daño a las mercancías *claramente diferencia la responsabilidad por pérdida o daño de las mercancías del retraso en la entrega de éstas*. Esta diferenciación se manifiesta repetidamente en el artículo 17, en sus apartados 2 al 6, y sobre todo lo establecido en el artículo 20.1: “Si el transportista y una o más partes ejecutantes marítimas son responsables de la pérdida o el daño de las mercancías, o del retraso en su entrega, su responsabilidad será solidaria, pero únicamente hasta los límites previstos en este Convenio”, haciendo

una vez más énfasis en la característica de multimodalidad que las nuevas Reglas dan al contrato de transporte. Estos límites son de 2.5 veces el valor del flete en caso de retraso.

Se establece la posibilidad de pactar límites superiores, aunque consideramos que esta no es una práctica muy común entre los transportistas que no encontrarían conveniencia alguna en celebrar este tipo de acuerdos.

6. Parte Controladora.-

Las nuevas reglas diseñan el nuevo concepto, que no existe en los otros regímenes, el concepto de la "Parte Controladora", que está definida en el artículo 50 y 51, es la persona que está legitimada para el ejercicio del derecho de control en relación con dar o modificar instrucciones relativas a la escala o al transporte de las mercancías.

7. Obligación de Entrega de las mercancías al Consignatario.-

Las nuevas reglas traen como innovación que acaba o intenta acabar con "las áreas grises" en el período de transporte. Como el período de responsabilidad del porteador se extiende hasta la entrega de las mercancías, se intenta lograr que todo el trayecto esté cubierto. El párrafo 1 del artículo 12 de las nuevas reglas, establece que la obligación del porteador termina en el momento de (las mercancías) su entrega". Situación distinta en los otros regímenes, donde la responsabilidad del porteador termina mucho antes de la entrega de las mercancías al consignatario, de forma que muchas veces no se conoce a ciencia cierta a quien se debe demandar por el daño o pérdida. Esta es una ventaja para el dueño de la carga.

8. Obligación de Embarcar.-

9.

Por primera vez, se incluye obligaciones del embarcador en el texto de un convenio internacional para el transporte de mercancías por mar. El artículo 27 de las nuevas reglas, establecen las obligaciones de parte del cargador, para preparar, acondicionar y embarcar las mercaderías cuyo transporte se contrata. Esta disposición balancea las obligaciones de las partes en el transporte de mercancías.

10. Identidad del Porteador.-

Usualmente, lograr la identidad del porteador es un problema, para los consignatarios o recibidores de la carga que no tienen contacto con el porteador en el puerto de embarque. Con el nuevo régimen, se trata de evitar este problema, a través del establecimiento de una fórmula que permita la presunción de quien es el porteador. El artículo 37 de las nuevas reglas, permite establecer ciertas pautas para identificar al real porteador, lo cual va a facilitar la tarea de los reclamantes para enderezar sus reclamos en forma efectiva.

11. Prescripción de las Acciones.-

En cuanto a las acciones que pueden presentar los consignatarios o cargadores, las nuevas reglas amplían el plazo de uno a dos años en relación con las Reglas de la Haya e igualan en dicho plazo con la de las de Hamburgo que también establecen dos años como tiempo para presentar reclamaciones contra el porteador. En el párrafo 1 del artículo 62 las nuevas reglas establecen el plazo antes mencionado.

12. Libertad de Contratación.-

Un elemento final que debe ser mencionado en relación a las innovaciones que presentan las nuevas reglas, lo constituye sin duda alguna, la aparición de los llamados: "Convenio de Volumen", definidos como en el párrafo 2 del artículo 1, como: "Todo contrato de transporte que prevea el transporte de una determinada cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante el período en él convenido. Para la determinación de la cantidad, el contrato podrá prever un mínimo, un máximo o cierto margen cuantitativo." Debemos decir, que la regla general en este instrumento internacional, es que toda cláusula que intente excluir o limitar en forma directa o indirecta, las obligaciones del porteador, serán consideradas como nulas e inexistentes, en clara protección del cargador o embarcador. Así mismo, para balancear los derechos y obligaciones entre las partes, toda cláusula que intente excluir o limitar en forma directa o indirecta, las obligaciones del cargador, serán tenidas como nulas y no escritas. No obstante lo anterior, aparecen en el artículo 80 del documento, los llamados "Contratos de Volumen", que es

otra de las innovaciones de este nuevo Convenio que ciertamente ha producido temores y dudas por sectores tradicionalmente representativos de la carga. La idea de incorporar esta nueva forma de contratos, se da en miras a reconocer la existencia de contratos que celebran grandes empresas cargadoras con portadores de línea. Es indudable que la realidad comercial debe respetarse sobre todo cuando existen grandes empresas que tienen tanto o mayor poder de negociación que los transportadores, y que les conviene entrar en grandes contratos que requieren de especialidad y particularismo en su redacción, términos y condiciones.

13. La Parte Ejecutante Marítima.-

Es una de las grandes innovaciones y novedades de esta nueva Convención. Debemos entender por "*parte ejecutante marítima*" a quien realice alguna obligación a instancia o control del porteador antes del embarque y después del desembarque, tales como los operadores portuarios y las agencias navieras. Creemos que este punto únicamente puede avivar la polémica que existe en el Ecuador respecto a la responsabilidad o no de las llamadas agencias navieras y su role *vis a vis* las líneas navieras, frente a los actos de la nave que agencian. Lo más preocupante de todo es que nuestra legislación ni siquiera define el rol de las agencias navieras, y ni siquiera incluye en la normativa a los operadores, únicamente los define –imprecisamente- en reglamentos secundarios dictados por la administración marítima.

Pese a lo que han sostenido peregrinamente (y a nuestro criterio de manera extralegal, por decir lo menos) ciertos tribunales, el agente naviero en la legislación nacional no es, bajo ningún concepto, responsable por los actos del Capitán de la nave, y mucho menos del propietario, armador o fletador de la misma.⁴⁸ La definición de la agencia naviera se encuentra en la legislación secundaria, descrita como "la persona natural o jurídica encargada de las gestiones administrativas y comerciales que tengan relación a la escala del buque", y en consecuencia

⁴⁸ A no ser en caso del pago de tributos y tasas portuarias, por las cuales la ley los hace de manera expresa, responsables solidarios.

limitando su responsabilidad a responder por los derechos y obligaciones que respecto a estas limitadas gestiones pudiera tener el armador⁴⁹.

La introducción del concepto de *“la parte ejecutante”*, podría traer consigo la responsabilidad de las agencias navieras y de los operadores portuarios, cuando éstos, por contrato o subcontrato con el armador, intervengan en el manejo, entrega, estiba, desembarco o demás de la mercadería en cuestión.

De confirmarse lo anterior, estaríamos ante una novedad de fundamental importancia en la práctica naviera ecuatoriana, pues los cargadores y consignatarios de la mercadería podrían, ahora sí, intentar sus acciones de indemnización o responsabilidad directamente en contra de las agencias navieras locales y/o los operadores portuarios, sin estar obligadas –necesariamente- a perseguir a los armadores, propietarios o fletadores de los buques incumplidores.

Esto sin duda beneficiaría a los operadores de comercio exterior ecuatorianos, concretamente a quienes realizan embarques al exterior o importaciones, pues pueden obtener una respuesta más rápida al daño producido, sin necesidad de perseguir a los responsables en el extranjero, o a esperar que regresen la nave para iniciar acciones, sino simplemente obligando a responder a *“las partes ejecutantes, concretamente a las agencias navieras locales o los operadores portuarios, según sea del caso.”*

Por otro lado, debe tomarse especial atención al concepto de operadores portuarios que estaría incluido entre las partes ejecutantes marítimas, pues si en primera instancia podría considerarse como un sinónimo de la referida agencia naviera, ante la falta de definición que existe en nuestra legislación nacional respecto a estos participantes de la

⁴⁹ Reglamento a la Actividad Marítima, dictado mediante Decreto Ejecutivo 168, publicado en el Registro Oficial 32 del 27 de marzo de 1997:

“Art. 1.- Para la correcta y uniforme aplicación del presente Reglamento y de las disposiciones legales contenidas en las leyes marítimas y portuarias, se usarán las siguientes definiciones de carácter general:

7. Agente naviero: Es la persona natural o jurídica que representa al armador en las gestiones de carácter administrativo y comercial relativas a todos los trámites relacionados con la escala del buque, aceptando en nombre del armador, los derechos y obligaciones que le corresponden en dichas gestiones”.

actividad marítima, no se puede tener una certeza respecto a si en este grupo pueden incluirse a los concesionarios portuarios, a sus subcontratistas, a las concesionarias de bodegas y almacenes temporales, entre otros. En mi opinión, éstos si estarían vinculados por las nuevas normas y, por consiguiente, categorizados como *“parte ejecutante”*, que siendo contratados por las líneas o por las agencias en representación de las líneas, cumplen con el role de estiba o desestiba de las mercancías, de custodia o almacenaje y, de transporte terrestre. Como parte de la cadena, serán considerados como parte del transporte sujeto al ámbito de la normativa de Rotterdam.

También están los actores no marítimos, denominados solamente *“parte ejecutante”*. Esta concepción de *un subordinado del porteador como responsable dentro de la cadena multimodal* afectaría a las compañías de transporte terrestre, guardias o escoltas de seguridad, empresas de estiba, embarque y desembarque, entre otras, según si quien las contrata es el porteador o el cargador. En el primer caso, el porteador se hace responsable desde que una de estas partes ejecutantes recibe la mercadería, mientras que en el segundo caso, esto es, cuando las partes son dependientes del cargador, el porteador es únicamente responsable desde el momento en que recibe la mercadería.

En este punto, nótese que en el caso de las *“partes ejecutantes marítimas”*, Rotterdam expresamente *establece la solidaridad en la responsabilidad junto con el porteador*, a diferencia de lo que ocurre con los actos de las *“partes ejecutantes”*, que únicamente implican responsabilidad del porteador frente al cargador, dejando abierta la puerta para que el porteador persiga a sus subordinados según el contrato celebrado entre ellos.

Es por todo lo anterior, como señalaremos en la parte propositiva al final del presente trabajo, si el Ecuador decide adherirse a la Convención de Rotterdam, será necesario una reforma profunda de la legislación nacional, de manera que la aplicación de las Reglas de Rotterdam sean más efectivas y menos conflictivas que lo que ha ocurrido con las Reglas de La Haya-Visby.

VENTAJAS PARA LOS CARGADORES.-

En nuestra opinión el nuevo régimen tiene varias cosas muy positivas que mejoran la posición de los cargadores en su relación con el porteador. Siendo como somos, un país de cargadores y no de porteadores, es fundamental analizar si el nuevo régimen cuya aplicación se sugiere, favorece o no a los dueños de la carga. Una de las críticas a los regímenes conocidos como de La Haya, tanto el convenio original, como su protocolo modificadorio, ha sido siempre que se trata de documentos diseñados para proteger a los armadores y porteadores internacionales, los mismos que generalmente pertenecen a los países de primer mundo o los del hemisferio norte.

En mi opinión, este nuevo régimen plantea un balance muy positivo entre porteadores y cargadores. Por primera vez, existen normas de responsabilidad para ambas partes y, por primera vez se identifica con mucha claridad los períodos de responsabilidad de cada uno.

Hemos identificado cuatro razones para decir que el Convenio de Rotterdam es beneficioso para los cargadores:

1. Rotterdam incrementa los límites de responsabilidad del Porteador.- Como hemos visto en el párrafo que precede, la responsabilidad del Porteador por el pago de daños o pérdidas de la carga, se han incrementado tanto, si se calcula por kilo, como por unidad. Esto evidentemente que beneficia al cargador o al consignatario que recibirán más dinero por sus reclamos.
2. Rotterdam castiga al Porteador por la demora.- Ni las reglas de La Haya, ni las de Hamburgo se habían pronunciado antes sobre la responsabilidad por la demora. Estas nuevas reglas sí lo hacen, dándole la oportunidad al cargador de reclamar por este concepto y reclamar los perjuicios que la demora pudiera ocasionarle.
3. Rotterdam aclara muchos temas sobre responsabilidad sobre la Parte Ejecutante Marítima.- Se entiende por parte ejecutante, a la persona distinta del Porteador, que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del Porteador. En esta propuesta de nuevas Reglas, se establece que toda parte ejecutante queda suje-

ta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador, y gozará de las exoneraciones y los límites de responsabilidad que el Convenio concede al Porteador. Es decir, que con el nuevo esquema, el Convenio pretende que no existan “lados grises” en el sentido de que todos los participantes deben hacerse responsables de una u otra forma. Hoy en día, no existen reglas claras para operadores portuarios, fletadores, compañías de estiba, freight forwardes y otros operadores que actúan en ciertos tramos por cuenta del porteador, pero como no están definidos en ninguno de los instrumentos internacionales vigentes, muchas veces escapan de responsabilidad, porque no existe base legal para demandarlos. Con el nuevo esquema, el cargador tendrá la opción de demandar al Porteador o a la parte ejecutante, la misma que generalmente está radicada en el lugar de entrega.

4. Rotterdam amplía el tiempo de prescripción para las acciones en contra del Porteador.- Este cambio, también constituye en beneficio latente para los cargadores y sus aseguradores, que bajo los regímenes actuales de La Haya, solo tienen un año para entablar las acciones judiciales en contra del Porteador. Con el nuevo esquema, los dueños de la carga o sus aseguradores, tendrán dos años en lugar de uno, y así podrán esquivar con mayor tiempo, el riesgo de la prescripción.

INDEPENDENCIA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE COMO REQUISITO FUNDAMENTAL DEL CONTRATO DE TRANSPORTE.-

Como dijimos en el apartado anterior, el ámbito de aplicación de las normas se separa a la necesidad de emisión de un Conocimiento de embarque, y en general del requisito de emisión de un documento de transporte físico o electrónico. Con esto se elimina la dependencia del Conocimiento de Embarque de las Reglas de La Haya-Visby, lo que supone ya en sí mismo un cambio radical y trascendental, *pues ahora se observa al transporte en sí mismo, más que al documento que contiene el Contrato*. Esta consideración que parece en principio intrascendente tendrá importantes consecuencias tanto en las prácticas de comercio exterior (pese a que los exportadores e importadores, con aras a agilizar las operaciones, ya han ido evolucionando de la necesidad del

conocimiento de embarque para realizar sus transacciones internacionales), pero sobre todo a las autoridades locales, en el caso de Ecuador, aduaneras y portuarias, para quienes el Conocimiento de Embarque es un documento absolutamente necesario por cuanto así se encuentra regulado en las leyes y, en la regulación secundaria.

El Transporte Multimodal.-

Quizás lo más importante y trascendental de las Reglas de Rotterdam, *consiste en la introducción del transporte multimodal a la regulación del transporte marítimo de mercaderías.*

Como hemos revisado anteriormente, el ámbito de aplicación de las Reglas de La Haya-Visby y en general de las legislaciones nacionales y supranacionales anteriores a Rotterdam, giraba solo en torno al Conocimiento de Embarque y –únicamente- al trayecto marítimo de transporte, de forma exclusiva. Se ha regulado la responsabilidad del porteador, que inicia con la recepción de las mercaderías (en el puerto o en el buque según se negocie) y culminaba con la entrega de las mismas en el puerto de destino. Cualquier trayecto adicional, al marítimo, está excluido del ámbito de aplicación de la normativa Haya-Visby y, por consiguiente, debe regirse por otras disposiciones.

Rotterdam busca extender el período de responsabilidad del porteador, *y regular todo el período de transporte de las mercaderías, sin importar si éste se ha realizado por distintos modos (multimodal), siempre y cuando dicho período de transporte incluya un tramo marítimo internacional.*

Es tan trascendental esta consideración, que hasta Rotterdam, no existía ningún Convenio internacional que regule –de esta forma- el transporte multimodal,⁵⁰ de manera que cuando éste se presentaba era necesario recurrir a distintos cuerpos legales u otras Convenciones, que en muchos casos podían ser contradictorios, y que de seguro generaban inseguridad y problemas para los dueños de la mercadería.

⁵⁰ Existe Convenciones internacionales que regulan y definen el transporte Multimodal, pero son normativas aisladas que tienen más bien a regular e transporte que expresamente se establece como tal, como multimodal.

PROBLEMAS QUE PUDIERA PRESENTARSE EN LA IMPLEMENTACION DE LAS NUEVAS REGLAS DE ROTTERDAM.-

Varios serán los efectos que traerá la implementación de las nuevas Reglas de Rotterdam una vez que entren en vigencia. Cada Convención o Reglas tienen un efecto, ningún área de la actividad marítima o de comercio exterior queda exenta de recibir un impacto. A unas, les será totalmente favorables, a otras les será desfavorable, pero todas tendrán que adaptarse al nuevo esquema. Vamos a tratar de explicar brevemente cuales serían los efectos que creemos tendrán las nuevas reglas una vez que entren en vigencia:

CON LAS LINEAS NAVIERAS DE TRÁFICO REGULAR.-

Si las Reglas entran en vigencia y se populariza su vigencia, como creemos que puede llegar a darse, las líneas navieras que hacen y ejercen tráfico de línea regular, deberán revisar los textos de sus Conocimientos de embarque y, reformularlos a la nueva realidad. Si los textos de los Conocimientos que emiten las líneas no son cambiados y ajustados a la nueva realidad, provocará confusión e incertidumbre entre agentes, cargadores, recibidores y, aseguradores. Los ajustes tendrán que realizarse de acuerdo a los cambios y modificaciones que ofrece Rotterdam y que en este trabajo han sido puntualizados.

CON LOS CARGADORES.-

Las nuevas reglas mejoran su situación y dan mejor balance al poder de negociación que históricamente han tenido los porteadores. Los grandes embarcadores tendrán que decidir si acceden a negociar sus contratos de volumen en función de la facilidad que otorgan las reglas para que embarcadores y porteadores se pongan de acuerdo. Me parece que las primas de seguro podrán incluso ir bajando debido que los términos del Convenio favorece el recupero.

CON LOS ARMADORES QUE NO SON DE LINEA REGULAR.-

Los armadores que no son de línea, usualmente buques que transportan a granel o en "bulk", tendrán que decidir si aceptarán las peticiones de los fletadores (cargadores) de incorporar las Reglas en sus conocimientos de embarque.

CON LOS FREIGHT FORWARDES Y NVOC.-

Los operadores que no tienen buques, que no son dueños de buques y, los operadores que negocian con carga, sin ser dueños de estas, pero que emiten Conocimientos, tendrán también que revisar los textos de sus Conocimientos que emitan, así como tendrán que decidir si entran en la fase de negociación de contratos de volumen con sus clientes, como lo harán ciertas líneas, con sus grandes clientes.

CON LOS TERMINALES DE CONTENEDORES.-

Los terminales de contenedores serán sometidos a ésta Convención y su aplicabilidad de manera obligatoria, lo que incrementará su riesgo y exposición reclamos y demandas. Estos terminales tendrán que considerar el obtener contra-garantías de sus clientes los operadores y líneas.

CON LOS OPERADORES TERRESTRES.-

Serán sometidos a ésta Convención y su aplicabilidad de manera obligatoria, lo que incrementará su riesgo y exposición reclamos y demandas, si las líneas deciden dirigirse a ellos para plantear reclamos.

CON LOS ASEGURADORES.-

Lo seguros de Protección e Indemnización (P&I Clubs), los seguros de terminales portuarios y de operadores, así como los seguros de los forwarders, consideraran subir los montos de sus primas. Especialmente, los recuperadores o reclamadores de seguros, podrán incrementar su base de demandas dirigiendo las mismas a las "partes ejecutantes", sobre las que hoy en día no pesa una responsabilidad clara.

CON LOS BANCOS.-

Para efectos de los cartas de garantía, las nuevas reglas traerán confusión y entre los bancos y las entidades que financias operaciones de comercio exterior. El hecho de que se permita, emitir e-bills les traerá inseguridad, lo mismo con lo establecido en los arts 9 y 10 de permitir la entrega de las mercancías aunque no se hay emitido un conocimiento. Finalmente, no van a estar muy a gusto con la capacidad de "la parte

controladora” para cambiar el nombre del consignatario final así como el puerto de entrega.

EN EL ECUADOR.-

En Ecuador, las nuevas Reglas va a favorecer el comercio exterior, especialmente al sector exportador e importador del país. Debo indicar que como nuestro país no es un país con flota naviera, no entro a analizar los efectos que pudiera tener sobre dicha actividad, si sobre la de comercio exterior que representa una de las más relevantes en el país. Las primas de segur podían incluso bajar, considerando que las nuevas reglas permiten un plazo más amplio para presentar acciones judiciales, considerando que desde su vigencias las Reglas permitirán hacer responsables n solo a las líneas navieras sino a los operadores y a los terminales de carga, es decir, se va a ampliar las posibilidades de recuperar las pérdidas o daños y, por ende beneficia el derecho de subrogación de los aseguradores locales. Va a resultar de gran impacto en los operadores de carga o freight forwarders quienes algo o nada de responsabilidad tienen hoy en día. Así mismo los operadores portuarios, de estiba, de almacenaje, tendrán significativo impacto en las reclamaciones de los propietarios de carga y sus aseguradores, así como derecho a repetición por parte de las líneas y sus aseguradores.

Al igual que cuando analizamos la problemática de la aplicación de las Reglas de La Haya-Visby en el Ecuador, es menester anticiparnos a los problemas que podría encontrar la implementación de las Reglas de Rotterdam en el país.

En claro, que el Ecuador no está preparado para la implementación –inmediata- de las Reglas de Rotterdam, así como no estuvo (ni lo está en la actualidad) preparado para las Reglas de La Haya-Visby.

El impedimento más importante y notorio que evita la total y completa aplicación de las Reglas es la anticuada y mínima legislación marítima y comercial en general del país. Como hemos revisado en el presente trabajo, la legislación nacional regula de forma desordenada e incompleta las relaciones marítimas, principalmente a través del Código de Comercio. Las regulaciones portuarias están regidas por una vieja Ley

de Puertos de los años sesenta y, de sendos reglamentos secundarios dictados por las autoridades marítimas de turno. Por otro lado, existe el Código de Policía Marítima, que como su propio nombre lo indica se trata más de un cuerpo legal de control policial por parte de las autoridades marítimas más que un conjunto de reglas que regulen la actividad.

En este sentido, consideramos que la implementación de las Reglas de Rotterdam no puede ir separado de una revisión completa a las normas que regulan el transporte de mercaderías, en especial (pero sin limitarse a) el transporte marítimo. Es fundamental una reforma al Código de Comercio de manera que se armonicen las disposiciones respecto a la responsabilidad del porteador, casos de exoneración, limitación a la responsabilidad⁵¹, prescripción de las acciones, y demás conceptos que hemos revisado en este trabajo, y que facilitarían la aplicación de las Reglas internacionalmente unificadas (en este caso Rotterdam), permitiendo incluso la utilización de jurisprudencia extranjera como guía a los jueces nacionales, considerando la falta de especialización que existe en esta materia.

Por otra parte, es preciso que las normas que regulan la actividad portuaria se adapten a los términos y conceptos utilizados no solo en las Reglas de Rotterdam sino en la práctica de actividad portuaria internacional, de manera que se tenga una coherencia entre lo que se hace y lo que se regula. Así, podría eliminarse la incertidumbre que actualmente existe frente a las figuras de los operadores portuarios y agentes navieros, los primeros no contemplados en nuestra legislación y los segundos escueta y confusamente definidos por una legislación secundaria⁵².

⁵¹ La limitación de la responsabilidad es una institución original y novísima en nuestra legislación que es quizás la fuente principal de la incertidumbre en la aplicación de las Reglas de La Haya-Visby y que debe ser incluida en la legislación interna a fin de dar una mayor certeza y seguridad a los jueces y operadores de justicia y enviar una señal positiva a la comunidad internacional y, sobre todo, a las empresas navieras que en momentos ven con recelo el realizar actividades marítimas en el país, lo que trae la subida de costos y precios en el transporte marítimo, volviendo a los exportadores e importadores ecuatorianos menos competitivos.

⁵² Reglamento a la Actividad Marítima

Toda vez que Rotterdam trae consigo la aplicación de responsabilidad en el transporte a las partes ejecutantes, marítimas y no marítimas, del contrato, entre las que se incluye además de los transportistas terrestres a los agentes navieros, agentes de carga, operadores portuarios, entre otros, no se puede continuar en la incertidumbre actual de desconocer, para efectos legales y sobre todo judiciales, quién realiza qué operación y en consecuencia, quién es responsable de qué actividad.

Así también se vuelve necesario la creación o apertura de judicaturas especializadas en materia marítima en los principales puertos del país, a fin de que éstos puedan resolver, de forma especializada y técnica, las controversias y problemas que surjan en esta materia, y a fin de garantizar una mejor y más correcta aplicación de los principios tan propios y exclusivos del comercio internacional y del transporte marítimo (o multimodal) internacional de mercaderías.

CUADRO COMPARATIVO DE LAS REGLAS DE LA HAYA-VISBY CON LAS REGLAS DE ROTTERDAM.-

Hemos revisado cómo los redactores de las Reglas de Rotterdam han buscado resolver algunos problemas o modificar determinadas situaciones que existían en las Reglas de La Haya-Visby, en general, con el fin de ampliar tanto los límites de responsabilidad del porteador como el período de ésta, demostrando el espíritu pro-embarcador que reviste a la reforma.

En función de estas modificaciones, Rotterdam supone un cambio importante en la negociación y aplicación del contrato de transporte desde el punto de vista del dueño de la carga, pues se busca protegerlo y eliminar o reducir las exoneraciones o excepciones a la responsabilidad que tanto habían usado los porteadores, y que significaba, básicamente, el encarecimiento de las primas de seguros de la mercadería a transportarse por la incertidumbre de si el porteador respondería o no (y en cuánto) en caso de pérdida o daño durante la expedición.

A continuación determinaremos en concreto cuáles son los cambios más importantes que trae consigo las Reglas de Rotterdam en comparación a las Reglas de La Haya-Visby actualmente vigentes en el país, a fin de poder tener una idea concreta de en qué manera afectaría al

país la adopción del nuevo protocolo, y a fin de confirmar la que será nuestra tesis, esto es, que pese a todos los problemas de aplicación y falta de preparación del Ecuador y su legislación, la adopción del sistema de Rotterdam es conveniente para el país.

CUADRO COMPARATIVO.-

	Haya-Visby	Rotterdam
Ámbito de Aplicación	<p>Dependencia del conocimiento de embarque;</p> <p>Limitado al período del transporte marítimo</p>	<p>Elimina la dependencia del conocimiento de embarque y requiere únicamente un contrato de transporte;</p> <p>Transporte multimodal o plus marítimo.- ámbito de aplicación se extiende a todo el transporte siempre que exista un tramo de transporte marítimo</p>
Período de Responsabilidad	<p>Regla "gancho a gancho".- el período de responsabilidad comienza en el momento en que las mercaderías son enganchadas por la grúa del barco hasta su descargo en el puerto de destino.</p>	<p>Responsabilidad desde la operación inicial de carga de las mercaderías hasta la entrega de las mercaderías al destinatario (con excepciones en caso de que deba entregarse a autoridades);</p> <p>Transporte multimodal.- responsabilidad desde que las</p>

EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS POR MAR, BAJO EL RÉGIMEN DE . . .

		partes ejecutantes reciben la mercadería
Responsabilidad del Porteador	Concepto de debida diligencia en garantizar condiciones de navegabilidad del barco antes y durante la operación del barco	Se extiende la responsabilidad de debida diligencia también durante el viaje; Responsabilidad compartida –solidaria- con las partes ejecutantes marítimas; Asume responsabilidad de las partes ejecutantes en transporte multimodal
Defensa o excepción por negligencia náutica	No hay responsabilidad por la pérdida o daño que resulte de acciones, negligencia u omisión del capitán, marino, práctico o empleados del transportador en la navegación o manejo técnico del buque	Se elimina la excepción de culpa o negligencia náutica en la navegación del barco
Límites de Responsabilidad	Mercancías no declaradas por un máximo de 10,000 francos por bulto o unidad o de 30 francos por kilo de peso bruto; Libre negociabilidad de límites más altos pero no más bajos	Mercancías no declaradas por un máximo de 875 unidades de cuenta o DEGs por bulto u otra unidad de carga, o 3 DEG por kg. De peso bruto; Libre negociabilidad

		de los límites para elevarlos y para disminuirlos
Prescripción	1 año desde el momento en que llegó o debió llegar la mercadería	2 años desde el momento en que llegó o debió llegar la mercadería
Conocimiento de embarque	Limitación al conocimiento de embarque, y posible exclusión de los shortbills y waybills, así como de los documentos electrónicos	Independencia del conocimiento de embarque, que permite la utilización de cualquier documento incluidos los shortbills, waybills y documentos electrónicos

VIII CONVENIENCIA DE APLICAR O NO LAS NUEVAS REGLAS DE ROTTERDAM EN EL ECUADOR

La misión central de este trabajo es la de introducir al país la cuestión que está desde hace algunos meses tiempo discutiéndose en todo el mundo: ¿conviene o no ratificar y aplicar las Reglas de Rotterdam?

Previo a poder contestar esta importante y trascendental pregunta, una vez que hemos analizado anteriormente la problemática que supondría su aplicación en el Ecuador, es importante revisar y adelantar cuales, a nuestro criterio, serían los efectos que la adopción de las Reglas tendrían en el Ecuador, desde la órbita de la aplicación actual de las Reglas de La Haya-Visby, y de la legislación nacional, teniendo en cuenta también la aplicación que de las Reglas han hecho los tribunales nacionales.

a. Efectos de la Aplicación de las Reglas en el Ecuador.-

Hemos señalado anteriormente que el Ecuador no está preparado para la ratificación de las Reglas de Rotterdam, teniendo graves falencias tanto en la legislación y reglamentación nacional, como en la propia concepción de la problemática marítima por todos los involucrados en ésta, esto es, jueces, abogados maritimistas, agencias navieras, agentes portuarios, autoridades de control, etcétera.

Lo anterior debe sumarse a la complejidad propia del documento, la misma que a nivel global ha traído consigo innumerables críticas de varios sectores, y que ha obligado a que las normas sigan discutiéndose en foros y congresos.

Pese a lo anterior, es preciso revisar qué efectos tendría en el Ecuador la ratificación de este Convenio, tomando en cuenta, como primera consideración ineludible, que el país debe ser considerado como un país cargador y no porteador o transportador, toda vez que su “flota” naviera se reduce a los buques militares, de transporte de hidrocarburos, de pesca, de turismo y de recreación, sin que buques de bandera nacional compitan (al menos no activamente) en el transporte de carga de línea.⁵³

Decimos que esta última consideración es de fundamental importancia por cuanto como hemos dicho a lo largo de este trabajo, las Reglas de Rotterdam benefician a los cargadores y dueños de la mercadería, en detrimento de las prerrogativas de las que siempre ha gozado el porteador previo y durante la vigencia de las Reglas de La Haya-Visby.

Entonces, el primer y más importante efecto que tendría la vigencia de las Reglas de Rotterdam en el Ecuador sería el de brindar una mayor protección a los operadores del comercio exterior, concretamente, a los exportadores e importadores de mercaderías desde y hacia el Ecuador, que a la luz de las Reglas de La Haya-Visby están en cierta “desventaja”, pues su capacidad de recibir justa compensación en caso de daño,

⁵³ El único armador medianamente importante que pudiera tener nuestro país es Ecuadorian Lines, pero en la actualidad sus buques tienen banderas extranjeras y, la flota cuenta con una organización y estructura armatorial, domiciliada en el exterior.

pérdidas o atrasos está limitada a la fuerte protección que tienen para los porteadores las disposiciones actualmente vigentes.

La adopción de las Reglas de Rotterdam supone una clarificación de las reglas de juego, pues como hemos mencionado en su momento, en el Ecuador nunca ha estado claro para los tribunales qué normativa aplicar, quiénes son responsables o no en caso de siniestros o incumplimientos en materia de transporte, qué plazos tiene el reclamante, ni qué montos o indemnizaciones pueden obligarse a pagar a los responsables.

En este sentido, sin pretender ser bajo ningún punto de vista reiterativos, conviene recordar que las Reglas de Rotterdam traen consigo importantes definiciones tales como la de “partes ejecutantes” y “operadores portuarios”, que pese a ser figuras no reglamentadas por el derecho ecuatoriano, en la práctica existen y cumplen roles determinados dentro del transporte marítimo de mercaderías, roles por los cuales en muchas ocasiones se les otorgó cargas de responsabilidad que, bajo el derecho ecuatoriano y las Reglas de La Haya-Visby no tenían.

Con Rotterdam (de preferencia unido a una reforma, al menos reglamentaria, sobre todo respecto a las definiciones de los agentes que intervienen en el comercio marítimo), se contribuye a eliminar esta incertidumbre jurídica que afecta no solamente a las agencias navieras y a los operadores portuarios, sino en general al contratante de un servicio de transporte, que hoy por hoy, no puede (repetimos, en función de la legislación nacional y los convenios vigentes en el país) perseguirlas por la responsabilidad de la línea naviera o del buque en caso de incumplimiento de éstos últimos.

Otro efecto importante de la aplicación de Rotterdam consistiría en que los porteadores no podrían hacer uso de la excepción por negligencia náutica a la que hemos hecho referencia anteriormente y que se encuentra consagrada en el Artículo IV numeral 2 (a) de las Reglas de La Haya-Visby, eliminando así una de las principales defensas usadas por los transportistas en casos de pérdidas, averías, daños y retrasos.

Finalmente, la adopción de las Reglas de Rotterdam protegería a los exportadores e importadores ecuatorianos que, como dijimos, ante la casi total ausencia de propietarios y armadores de buques nacionales y de

líneas navieras ecuatorianas, son quienes se interesa proteger con la adopción de las Reglas por el Ecuador, tendrían una mayor facilidad en la recuperación de sus valores perdidos por accidentes o incumplimientos en el transporte, tendrían menos riesgos en el comercio exterior, podrían tener un mayor, mejor y más barato acceso a pólizas de seguro por la facilidad que la extensión de la prescripción a 2 años prestaría a éstas últimas para recuperar los pagos por indemnizaciones y, en fin, los beneficiaría incluso al saber que están celebrando sus contratos de transporte a la luz de la legislación uniforme a nivel mundial.

b. Conveniencia o no de su Aplicación en el Ecuador?

Por las consideraciones anteriores, es nuestro criterio que la aplicación de las Reglas de Rotterdam es positiva para el Ecuador y por lo tanto sugerimos y recomendamos su ratificación y aplicación, pese a la importante falta de preparación que, sabemos, sufre el país para la adopción de un régimen legal tan complejo y extenso.

Sin perjuicio de ello, creemos que la adopción de las Reglas es un primer paso para contribuir y forzar a una revisión integral de la legislación nacional y la reglamentación que rige el contrato de transporte marítimo de mercaderías, en aras de su actualización y compatibilización con las Reglas.

No puede olvidarse que la ratificación de este Convenio, tomando en cuenta su carácter supranacional, significaría que éste tenga una supremacía sobre la legislación nacional y, por lo tanto, mal puede pensarse que las limitaciones de ésta sean causas suficientes para darle la espalda a la unificación, actualización y modernización del derecho marítimo ecuatoriano.

Así mismo, como hemos expresado en los efectos generales que tendrían las Reglas de Rotterdam al ser aplicadas en el Ecuador, con su ratificación se estaría beneficiando a los usuarios del comercio exterior, tanto para importaciones como para exportaciones, toda vez que se les dotaría de un régimen legal más claro, universalmente aplicable y, sobre todo, normas que brindan más protección al dueño de la carga en detrimento del porteador, contrario a la normativa actualmente vigente, concretamente, las Reglas de La Haya-Visby.

Este beneficio alcanza también a las compañías de seguros locales, puesto que son ellas quienes garantizan generalmente el transporte de la carga, y que con los conceptos de partes ejecutantes y partes ejecutantes marítimas podrán obtener el cobro de sus indemnizaciones de los porteadores con mayor seguridad y prontitud, directamente de las agencias navieras u operadores portuarios, sin la necesidad de perseguir al buque, o a sus armadores, casi siempre (por no decir en todos los casos) compañías extranjeras con domicilio para citaciones fuera del país y sin un representante legal o apoderado en el Ecuador. Por otro lado, esta certeza de cobro beneficiará también a los propios usuarios del transporte en función de la reducción de primas concordante con la reducción de riesgos asumidos por las aseguradoras.

En este punto no puede dejarse de repetir que el Ecuador es un país que no cuenta con una flota naviera importante y, ni siquiera considerable, por lo que sería a lo menos absurdo mantener un régimen que protege a este grupo en detrimento del comerciante ecuatoriano.

Cosa importante para los dueños de la mercadería y operadores de comercio exterior en el Ecuador significaría la eliminación de la defensa o excepción por negligencia náutica, que según la normativa vigente (Haya-Visby) impide que se obligue a responder al porteador por los hechos culposos de sus dependientes, esto es, del capitán, de su tripulación o de los prácticos. Siendo ésta una de las principales defensas que a nivel mundial tienen los porteadores, su eliminación trae consigo también una mayor seguridad para el dueño de la carga, quien podrá exigir una compensación cuando el incumplimiento o el daño o pérdida de su mercadería provenga de negligencia o culpa de sus dependientes, regresando así a la disposición original del Código de Comercio, respecto a que el dueño o armador del barco responde de los actos del capitán del mismo⁵⁴.

⁵⁴ Código de Comercio, Artículo 738:

“Art. 738.- Los propietarios de nave son responsables civilmente de los actos del capitán y de las obligaciones que contraiga con relación a la nave y a la expedición; pero podrán liberarse de esta responsabilidad haciendo abandono de sus intereses, en la nave y en sus fletes.

El capitán que fuere propietario o copropietario de la nave, no podrá hacer abandono de ella.”

Así mismo, el ratificar las Reglas de Rotterdam en el país, en una época tan temprana de su discusión internacional, podría servir para potencializar los puertos ecuatorianos, y así generar un crecimiento en el comercio exterior al contar con reglas claras y uniformes, antes que otros países de la región.

Finalmente, con la adopción de una normativa que regula el contrato multimodal de transporte y que reconoce la participación y responsabilidad de todos sus componentes, se puede contar con reglas claras que permitan a cada agente de comercio exterior entender su rol, su responsabilidad, y con ello obligarlos a poner toda la diligencia del caso en sus respectivas áreas de actividad (celebrar convenios de responsabilidad con las líneas navieras, obtener pólizas de seguros por eventual responsabilidad contra terceros, etcétera).

En conclusión, pese a que estamos conscientes de que el país no se encuentra preparado para la adopción de un régimen legal tan amplio y complejo, principalmente por su anticuada e insuficiente legislación interna, sumado a la falta de especialización en las autoridades de justicia, consideramos que la adopción del régimen de Rotterdam sin duda contribuirá y obligará al país a avanzar hacia una aplicación de la justicia marítima especializada, efectiva y justa para todas las partes involucradas en esta actividad tan importante para un país como el nuestro, en el que su actividad marítima y portuaria tiene un enorme potencial sin explotar.

IX SUGERENCIAS DE UNA REFORMA LEGAL EN EL ECUADOR

Una vez hecha la revisión integral del sistema actual del transporte de mercancías por mar que opera en nuestro país, hecha la comparación entre el sistema normativo de las Reglas de La Haya-Visby, con el nuevo ordenamiento que la comunidad internacional quiere imponer con las nuevas Reglas de Rotterdam y, hecho el análisis de la conveniencia o no de aplicarlas en nuestro derecho interno, queda sugerir los cambios y reformas que deben implementarse en el país ara que la ratificación del Convenio no sea un ejercicio caótico.

REFORMAS QUE DEBEN IMPLEMENTARSE.-

Son varios los cuerpos legales que deberán reformarse para poder adaptar al país a la modernidad de la operación de comercio exterior y, a la globalización del derecho de transporte.

1.- CÓDIGO DE COMERCIO.-

Todo el Libro Tercero es obsoleto y debe reformarse íntegramente, la normativa de nuestro antiguo Código fue diseñada primero por los franceses y luego por los españoles para regular la navegación a vela, y para cuando el propietario de mercancías se embarcaba, él mismo, a bordo de la nave junto con sus mercancías para entregarlas, el mismo, al consignatario o comprador, quien le pagaba el precio de las cosas en el puerto mismo. Hoy en día con el desarrollo de la tecnología, la modernización del sistema del comercio exterior y los sistemas de pago, con la globalización de la economía y del transporte, es imposible seguir sosteniendo este cuerpo de leyes de tanta data.

Existe la necesidad de incorporar en nuestra legislación todos los tipos de Conocimientos, los e-bills o conocimientos electrónicos, los conocimientos que no son sujeto a ser negociados o sea-waybills, que son hoy en día los amparos de las mercaderías que se transportan.

Se requiere incorporar la operación de los demás actores del transporte de carga y olvidarnos que solo el propietario del buque es el responsable.Cuál es la diferencia entre un armador y el propietario y fletador de una nave? Donde están los agentes navieros, los operadores NVOG, que son los operadores sin ser dueños de naves, o de los freight forwarders tan populares hoy en día pero que nuestra legislación no los recoge. Los diferentes clases de agentes navieros, de la nave, de la carga y del puerto, incluso del llamados "agentes protectores" que funcionan tan comúnmente cuando hay conflictos de intereses entre el propietario y el fletador. En nuestra legislación solo aparecen descritos los fletadores por viaje y por tiempo, pero no los fletadores a casco desnudo⁵⁵, que son muy populares entre los grandes operadores. Las instituciones antiguas como

⁵⁵ Conocidos como "demise charterers"

el préstamo a la gruesa ya no se da en la práctica, mientras que otras como la avería gruesa debe ser ampliada y actualizada a la realidad comercial. La lista de créditos privilegiados es antigua y no está actualizada a las realidades comerciales actuales. Finalmente y no menos importante, los términos de prescripción y extinción de acciones es obsoleto y se presta a confusión con los términos establecidos por las reglas de La Haya-Visby y otras creadas internacionalmente.

Otro especial tema que debe ser abordado, son los abordajes que son riesgos comunes a la actividad del mar, y que hoy nuestro Código de Comercio debería tener reglas claras pero no las tiene, ni siquiera en la definición de cómo determinar las responsabilidades de naves involucradas en una colisión. Existen muchas convenciones e instrumentos internacionales que han resuelto estos problemas y que deberían ser la base de una reforma en esta parte de nuestra ley.

Recomendaría lo que hizo Chile en 1978, tomaron las principales Convenciones internacionales de esa época y, las incorporaron en su Código de Comercio haciendo ciertos cambios para "chilenizar" un poco la normativa, pero esencialmente incorporaron a su legislación moderna y uniforme con las demás comunidades civilizadas.

2.- LEY DE PUERTOS.-

La ley de Puertos lleva emitida algo así como 50 años siendo esta actividad una de las que más se ha transformado últimamente, con el advenimiento de las concesiones portuarias y concesiones a las actividades portuarias. No contemplan definiciones, ni reglas para los operadores de los diferentes tipos de puerto, como lo son, los puertos de contenedores, los puertos graneleros, los puertos de carga general, los puertos de carga refrigerada, etc. Tampoco se establece en nuestra legislación portuaria actual, el role de los elementos personales, como lo son, los operadores de carga, los operadores de estiba y desestiba, los operadores de patios y almacenes, los operadores de seguridad, ect. Esta ley necesita modificarse íntegramente para poder responder a las necesidades actuales.

3.- CÓDIGO DE POLICÍA MARÍTIMA.-

Este Código nació como una necesidad de otorgarles competencia de policía a las autoridades de Capitanías y retenes en los distintos puertos del país. Pero así como las anteriores, se trata de una Ley totalmente anticuada y sin utilización práctica. Es contradictoria entre lo que dice y lo que las autoridades practican porque el mundo hoy es distinto al de hace 50 años cuando se dictó la ley. No está actualizada en cuando a las penalidades y sanciones económicas. Tampoco está claramente establecidas cuales son las competencias de las Capitanías, ni el ámbito de su jurisdicción. Un capítulo especial merece el juzgamiento de los accidentes marítimos que aún hoy se lleva a cabo a través de “jurados de Capitanes”, como se hacía hace más de un siglo. Jurados de Capitanes que no tienen ni el conocimiento ni la experiencia como para poder juzgar causas complicadas en donde la experiencia técnica y jurídica especializada es vital. Juzgamientos que son contradictorios con los juzgamientos que puede hacer la justicia civil, tanto en cuando a los plazos de prescripción, cuando a la técnica para realizarlos.

4.- REGLAMENTOS DE LA AUTORIDAD MARITIMA.-

Lamentablemente nuestra legislación ha ido creciendo y desarrollándose inorgánicamente, no mediante leyes y reformas a las leyes ya existentes, sino a través de reglamentos y regulaciones emitidas por las autoridades administrativas encargadas de controlar la actividad marítima y portuaria del país. El país tiene y ha tenido una muy buena cobertura de normas y procesos para todo lo que significa la seguridad en el mar. La autoridad marítima en el Ecuador ha tenido el acierto de tenernos muy al día con las normas internacionales de seguridad como son MARPOL, SOLAS, Código ICS, y otros similares, pero en materia de normas comerciales que atañen al comercio exterior y a las actividades mercantiles no lo estamos, teniendo la Autoridad que preocuparse de “tapar” de buena fé ciertos huecos con regulaciones y reglamentos que constituyen ordenamiento secundario.

5.- LEY ORGÁNICA DE ADUANAS.-

Esta ley también debería modificar ciertos párrafos para encontrar un entendimiento con la realidad actual del sistema de concesiones

portuarias, las actividades de los freight forwarders, la de los NVOG y otros como los agentes navieros y los operadores de terminales.

6.- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.-

En este punto, quiero agregar que nuestra legislación marítima adolece de muchas normas y actualización de regulaciones, pero en donde más atrasados estamos y posiblemente, más frágiles somos es en tener una ley adjetiva especializada en los temas de transporte de mercancías y, derecho marítimo en general. Para realizar un secuestro preventivo de un buque debemos aplicar las normas generales del secuestro preventivo de nuestro Código de Procedimiento Civil, que fueron diseñadas para bienes muebles comunes y corrientes como los automóviles, maquinaria, los muebles y enseres. Pero no tenemos un sistema para solicitar y obtener el secuestro de embarcaciones que vienen y se van en cuestión de horas. Donde el 100% de los documentos que se usan para plantear un secuestro son documentación emitida en el exterior que debería ser traducida y formalizada, acorde con las normas generales, pero que en muchos casos es imposible hacerlo porque como dijimos, los buques vienen y se van en cuestión de horas. Bastaría con revisar la legislación adjetiva creada por los panameños⁵⁶, donde el embargo preventivo de una nave de bandera extranjera puede pedirse incluso por un facsímil y sin evidencia formal, simplemente como denominan ellos con “mera evidencia prima facie”. Tampoco tenemos en nuestro derecho adjetivo normas procesales para establecer los fondos de limitación que son tan comunes en la materia de derecho marítimo o, la posibilidad de emitir garantías que no sean las de bancos o entidades de seguros autorizadas en el país. Así muchas otras circunstancias de la práctica actual podrían manejarse a través de leyes modernas y con especialidad marítima.

CONCLUSIÓN

La conclusión de este trabajo, es ratificar la importancia que tiene el transporte por mar de mercancías y, de entender el carácter de internacional de este Contrato. El Estado debe entender la especialización de

⁵⁶ La Ley 8 de Panamá

esta materia, que históricamente viene siendo regulada por los usos y costumbres del mar. Que si bien es parte del derecho mercantil, funciona en forma especial y autónoma, y que por la trascendencia que tiene en el comercio internacional, textos internacionales han sido redactados en busca de la uniformidad y la estandarización a nivel mundial. Que el país no puede seguir quedando rezagado en esta materia, y que si bien, los distintos Gobiernos se han preocupado de que las normas de seguridad marítima estén actualizadas, no podemos olvidarnos del aspecto comercial del transporte, como eje del desarrollo del comercio exterior del país. Que si bien la vigencia del Convenio Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (REGLAS DE LA HAYA –VISBY) fue un acierto de las autoridades de Gobierno de aquella época, no es menos cierto que su implementación ha sido de difícil implementación, en vista de que las leyes internas del país, como el Código de Comercio, nunca fueron reformadas. Que por su carácter de actividad netamente internacional, ésta requiere unificarse para enfrentar y protegerse de la globalización del comercio y de las prácticas marítimas. Nuestras autoridades deben estudiar con profundidad las nuevas Reglas de Rotterdam, recientemente promulgadas y, analizar con cuidado si conviene o no, aplicarlas en el país. Nosotros creemos que sí conviene aplicarlas, porque están estructuradas más acordes con la actividad comercial actual, con el desarrollo del transporte moderno y porque, protegen un poco más a los dueños de la carga. Además, es por decir evidente su tinte civilista, lo que facilitará mucho su aplicación en nuestro derecho interno. Ecuador es un país de cargadores y no de armadores, por ende, debería apoyar la vigencia de estas nuevas Reglas que favorecerán de las empresas que exportan e importan carga desde y hacia el país. Recomendamos que la mejor forma de aplicarlas, sería incorporando su texto a la legislación interna, en lugar de solo ratificar el Convenio, ensayando además una reforma integral de las normas sustantivas de nuestro Código de Comercio y de otras leyes afines, para evitar el conflicto de leyes y el caos jurídico. Recomendamos así mismo, que se revise la actividad de operación portuaria y de comercio exterior que sufrirá un significativo el impacto al poner en vigencia esta nueva normativa internacional. Nuestra recomendación entonces, es que el Gobierno del Ecuador ratifique y, se adhiera a la nueva Convención de Rotterdam.

BIBLIOGRAFIA

Chorley & Giles, Eight Edition, Nicholas Gaskell, Charles Debattista and RJ Swatton

Commercial Law, R.M Goode

Manual de Derecho Mercantil, Manuel Broseta Pont

Marine Cargo Claims, Third Edition, William Tetley

El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías; Edición II, Fernando Sánchez Calero

Carriage of Cargo, Ross Williams, Beaumont and Son

Jurisdicción Marítima, Claudio Barroilhet Acevedo

Derecho de la Navegación II Tomo, Jose Domingo Ray

Carriage of Goods By Sea, John F Wilson

Manual de Derecho de la Navegación, Rodolfo A. González-Lebrero

The Law and Practice of International Trade, Ninth Edition, Clive M. Schmitthoff

El Contrato de Transporte, Javier Tamayo Jaramillo

Lecciones de Derecho Mercantil, Edición XI, Guillermo J. Jiménez Sánchez