

EVALUACION SOBRE LA POSIBLE RATIFICACION POR LOS PAISES LATINOAMERICANOS DE LAS REGLAS DE HAMBURGO EN RELACION CON LA CONVENCION DE BRUSELAS DE 1924, DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO *

EUGENIO CORNEJO FULLER
Universidad Católica de Valparaíso

EXPLICACION INTRODUCTORIA

A fines de mayo de 1980, tuvieron lugar en Buenos Aires, las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho de la Navegación, patrocinadas por la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Navegación. Su tema central fue la evaluación de la posible ratificación por los países latinoamericanos de las Reglas de Hamburgo de 1978, es decir, del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías, aprobado en la Conferencia Diplomática verificada en Hamburgo, en Marzo de 1978.

Este análisis se hizo en sus tres aspectos más relevantes: jurídico, económico y asegurador.

Se encomendó al suscrito hacer la relación del tema, para su examen jurídico por los concurrentes a las Jornadas en referencia.

La cuestión debía examinarse principalmente en relación al status que actualmente rige al Comercio Marítimo Internacional y que dimana de las llamadas Reglas de La Haya de 1924. En un esquema contractual más reducido, porque se refieren al período desde que la mercadería se

* Texto de la Conferencia pronunciada por el profesor Don Eugenio Cornejo en el Seminario de Profesores de la Escuela de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso.

recibe en una nave hasta que se descarga, estas Reglas de La Haya han unificado en todos los mares, las reglas relativas a los Conocimientos de Embarque, incluso para los países que no las han aprobado como su ley interna.

Me parece de interés, para los juristas de nuestro medio, darles a conocer estas materias que se debaten en los ambientes marítimos internacionales.

Desde ya pido excusas porque las reflexiones que siguen no dan explicaciones acabadas sobre cada una de las materias aludidas. Ello, precisamente, porque se trata de la "relación" de los puntos de coyuntura, cuyo debate correspondió desarrollar a la docta concurrencia.

Esta exposición se dividirá en los siguientes capítulos o apartados:

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. ESQUEMA SUSCINTO DEL SISTEMA DE LAS REGLAS DE LA HAYA O CONVENCIÓN DE BRUSELAS DE 25 DE AGOSTO DE 1924.
- III. ESQUEMA DE LAS REGLAS DE HAMBURGO DE 1978, EN BASE A SUS ASPECTOS MAS RELEVANTES.
- VI. EXAMEN DE LAS REGLAS DE LA HAYA Y HAMBURGO CON RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO QUE INFORMAN LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS Y LOS SISTEMAS DE OTROS MEDIOS DE TRANSPORTE.
- V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS CAMBIOS JURÍDICOS Y EL FUTURO DE LAS REGLAS DE HAMBURGO.

I. CONSIDERACIONES GENERALES:

- I.1. Lo primero que deseo plantear es la necesidad de extraernos del plano en que habitualmente se nos produce el debate respecto a la eficacia o valor que debe atribuírsele a reglas sobre responsabilidad de los Transportadores Marítimos. Pareciera que la proximidad de los casos que cada uno tiene en juicio pusieran un contenido de pasión que impide el examen desde

un punto más científico de la cuestión. Por eso reitero que es mi deseo, procurar que esta relación, sea lo más objetiva posible.

- 1.2. No tiene objeto que ya a mediados de 1980, cuando las Reglas de Hamburgo están suficientemente difundidas y analizadas, hagamos nuevamente su presentación.— Doy por un hecho supuesto que el distinguido auditorio dispone de los textos de las Reglas de La Haya y de las Reglas de Hamburgo, lo que no hace necesario y en homenaje a la brevedad, que yo les canse leyendo aquí las disposiciones que serán objeto de este análisis.
- 1.3. Considero de extraordinaria importancia la idea de esta convocatoria, que nos brinda la oportunidad de detenernos con un horizonte más amplio que el del derecho interno de cada país, para examinar el contenido de un nuevo sistema de responsabilidad del transportador marítimo, y que ha sido ofrecido por uno de los Organismos Técnicos de las Naciones Unidas, para satisfacer los requerimientos que la evolución del transporte marítimo ha venido presentando en estos últimos tiempos.
- 1.4. Ahora bien, no cabe duda que un examen sobre el contenido de las Reglas de Hamburgo no puede marginarse de los contextos generales por donde la doctrina viene conduciendo en estos últimos años a las fuentes de responsabilidad. Mejor dicho, no podemos aislarnos de los principios que en nuestros días gobiernan la responsabilidad, en concreto y respecto de cada uno de los momentos en que ella se presenta: ya se trate de la responsabilidad de contratos de orden privado, ya de las relaciones administrativas, ya de la responsabilidad extracontractual; o en general de la responsabilidad para todas las formas del transporte.

Yo diría que los juristas de nuestros días están citados en el campo de la responsabilidad, y tienen el deber social de construir los institutos jurídicos adecuados para responder o satisfacer los requerimientos que la protección de la actividad del hombre tal como ahora la desarrolla, exige para el bienestar del mismo.

Esta debe ser a mi juicio, la óptima posición a la cual deben apuntar todas nuestras deliberaciones, y para ello, aunque esta es una reunión de especialistas en marítimo, parece indispensable salir un poco del bosque, por decirlo así, para discutir con todo el tema de la responsabilidad como espectro de base.

II. ESQUEMA SUSCINTO DEL SISTEMA DE LAS REGLAS DE LA HAYA O CONVENCION DE BRUSELAS DE 25 DE AGOSTO DE 1924: ¹

- II.1. Es de todos Uds. conocida la situación controvertida existente a fines del siglo pasado y comienzos del presente sobre la responsabilidad del transportador marítimo, y que dio origen a los esfuerzos de Organismos Privados, grupos de armadores, cargadores y aseguradores por encontrar un plano de entendimiento. Estos esfuerzos desembocaron en las llamadas Reglas de La Haya que en definitiva fueron acordadas en una Conferencia Diplomática en agosto de 1924 en Bruselas. Existía la necesidad de encontrar una fórmula de equilibrio entre los extremos de la irresponsabilidad absoluta en que habían degenerado las cláusulas estampadas en los conocimientos de Embarque y la responsabilidad total proclamada en el otro extremo, tanto por jurisprudencias como por

¹ Trabajo del mismo Relator "Cláusulas de Irresponsabilidad del Naviero". Ed. Valparaíso 1946.
KNAUTH Arnold: "Ocean Bills of Lading", Ed. 1941 y 4^o, Ed. 1953, N. York.
Mc. FARLAND: "Cargo Loss and Damage", Ed. N. Y. 1942.

la interpretación restrictiva de ciertas normas legales. Por eso hemos dicho, que las Reglas de La Haya de 1924 fueron una transacción internacional de una contra-posición de intereses en la que unos y otros consiguieron algo. Así, por un lado se obtuvo la supresión de la irresponsabilidad total confinándola al deber de responder por las faltas comerciales, pero del otro lado se consiguió un tope o techo máximo de la suma a indemnizar. Se consiguió volver al deber de custodiar la carga, pero no más allá de la debida diligencia o diligencia razonable².

II.2. Así, con el pacto de Bruselas de 1924, quedaron consagrados como verdaderas, entre otras, las siguientes premisas que la tradición naviera había construido en el tiempo:

II.2.1. El Derecho Marítimo tiene sus particularismos, que le permiten apartarse en sus soluciones de las reglas generales que para un mismo tipo de hechos, describen las reglas generales del Derecho Privado;

II.2.2. Los riesgos y peligros del mar ponen al Armador frente a riesgos de gran consecuencia pecuniaria, por los cuales es razonable permitirle un régimen de exclusión o limitación, para no causarle la ruina o amilantar su espíritu de empresa;

II.2.3. La expedición del tráfico marítimo requiere de un sistema de caducidades y prescripciones breves;

II.2.4. Era suficiente regular imperativamente sólo aquellas etapas del transporte en que los excesos del contrato dirigido podían llevar a abusos irritantes.

II.3. Indiquemos, como una ayuda memoria, las normas principales de las Reglas de La Haya que recogieron tales criterios:

² Mismo Relator: Revista de Estudios Marítimos. B. Aires, N° 18-19, p. 21.

- II.3.1. Se establece la obligación del transportador de emitir un Conocimiento de Embarque en base a las menciones que le proporciona el embarcador. Este Conocimiento tiene el valor probatorio de una presunción legal —“prima facie evidence”— de que las mercancías realmente embarcadas son las que están descritas en ese documento; y lo que está en este documento es lo que obliga frente al destinatario.
- II.3.2. Se impone al transportador el deber de mantener la nave en buen estado de navegabilidad, refiriendo este término incluso a la preparación adecuada de las bodegas en relación al tipo de carga que se habrá de almacenar en ellas, y una vez recibida la carga a bordo, el deber de cargarla, estibarla y custodiarlas hasta el momento de su descarga.
- II.3.3. Se disponen 18 causales de eximentes de responsabilidad. Algunas de ellas no son sino diversas formas de enunciar situaciones de caso fortuito o fuerza mayor; pero otras, concretamente recogiendo la distinción entre faltas náuticas y faltas comerciales, elimina la responsabilidad del transportador para el caso de negligencia o falta del Capitán o tripulación en la navegación o administración del buque.
- II.3.4. Para el caso de incendio, invierte el peso de la prueba señalando que si no se prueba que se debió a acción u omisión del naviero no hay responsabilidad por los daños de incendio. Otras causales dicen relación con una imputabilidad del embarcador o dueño de la carga. Se establece además una causal de carácter general que constriñe la responsabilidad por innavegabilidad de la nave, sólo a las situaciones en que ésta haya ocurrido por falta de la debida diligencia por parte del transportador para preparar la nave o sus bodegas en condiciones adecuadas al transporte. Y para balancear esta restricción al principio general de que todo contratante debe responder, mientras no prueba un hecho liberatorio, se dispuso

que en tales casos la prueba de haber empleado la debida diligencia correspondía al transportador o a la persona que invocara la exención de innavegabilidad. Esta causal y la de la letra q) del N^o 2 del Art. 4 significan por lo tanto, que si no hay culpa del transportador o de sus dependientes, no nace responsabilidad para el naviero o transportador.

II.3.5. En otro plano, se convierten las antiguas excepciones de caducidad de las legislaciones clásicas en reglas para verificar los daños; estableciendo una presunción de que la falta de aviso u objeción por las averías con que se haya recibido la mercadería, suponen su entrega normal.

II.3.6. Por último, y la más importante disposición que hoy por hoy trae la mayor controversia, está en la limitación absoluta de la responsabilidad a la suma máxima de £ 100 Oro, o su equivalente en otra moneda por bulto o unidad de carga, a menos que hubiere existido una declaración expresa sobre la naturaleza y valor de las mercaderías al momento del embarque y esa declaración hubiere sido insertada en el Conocimiento de Embarque.

Recordemos que este límite fue substituído en el Protocolo de Bruselas de 1968 por la alternativa de 10.000 Francos (moneda de 65,5 miligramos de oro de 900 milésimos de fino) por bulto o unidad enumerada en el Conocimiento, o 30 Francos por kilo de peso bruto, debiendo aplicarse el límite más alto.

Y agreguemos finalmente que recién el 21 de diciembre de 1979, en una Conferencia diplomática celebrada en Bruselas se resolvió cambiar el padrón oro antes referido, implantando las cifras de 666,67 unidades de cuenta por bulto o unidad de carga, o 2 unidades por kilo de peso bruto, si esta cantidad es mayor.

La iniciativa de este cambio pertenece al Comité Marítimo Internacional que también había sido el auspiciador de las Reglas de La Haya y su anterior modificación...

Su entrada en vigencia se producirá 3 meses después de la ratificación o adhesión de 5 estados.

II.4. Las Reglas de La Haya, puede decirse que fueron tomando importancia real, sólo después de 10 años de su nacimiento. Fue en la década del 30, en que por la ratificación o adopción de importantes naciones, su empleo comenzó a ser una práctica internacional en el tráfico de carga general.

II.5. Desde el punto de vista del derecho puro, es evidente que esta transacción internacional quebró algunos principios fundamentales de la lógica jurídica; así como también quebró la unidad conceptual del contrato, toda vez que se trazó una división tajante entre el tiempo en que la mercadería está a bordo y los demás momentos en que la carga está bajo la custodia o debería estar bajo la custodia del mismo transportador.

Quiebre también en la unidad jurídica de las partes del contrato, porque el destinatario no recibe sus derechos de lo estipulado para él por el embarcador, sino de lo que la ley impone como obligaciones del transportador, en forma imperativa.

II.5.1. Pero de lo dicho, señores, detengámonos a examinar ese fenómeno de transposición de instituciones, que se produjo en La Haya, y que, a mi juicio, es el que más perturba a quienes descienden del sistema jurídico romano.

El Art. 4º de la Convención de 1924, es manifiestamente una expresión de la estructura legislativa del Common Law; todos conocen sus precedentes en otros textos de esa misma familia jurídica³.

Todos recordarán que el fundamento de la responsabilidad en ese sistema está en el deber de obrar según una conducta base que se llama "*la debida diligencia*".

³ HARTER ACT 1893. KNAUTH, Op. Cit. Ed. 1953.

Pero es que toda la responsabilidad en el Common Law, donde quiera que se encuentre, dimana de la misma regla de conducta. Y no hay responsabilidad en ese sistema si no hubo una falla en hacer las cosas como ese standard de corrección lo requiere, según lo que el consenso general —que define el juez— estime razonable.

En cambio, para los descendientes del Derecho Romano, en un contrato la responsabilidad nace de la palabra empeñada; el contrato hace ley, lo que constriñe al deudor a su cumplimiento en términos absolutos. Y de tal manera es absoluto esto, que si no hay prueba de lo insuperable, o sea, prueba de la excepción por el deudor, éste es siempre responsable.

¡Notan Uds. la diferencia!, en el Common Law se es responsable únicamente, si se incurre en una conducta por debajo de la debida diligencia.

Pues bien, en La Haya, en el afán de producir una fórmula apta para todos los sistemas jurídicos, fue, o una necesidad, o un triunfo de los anglosajones (no me pronuncio) el que se estructurara la base de la responsabilidad del transportador con las fórmulas de su sistema legal.

- 11.5.2. Y aquí está a juicio del que habla, la mayor dificultad que siempre ha perseguido a la aplicación de las Reglas de La Haya, en los países continentales. Notemos que hubo un país de gran tradición y técnica jurídicas que hace sólo poco más de 10 años, corrigió este contrasentido con su sistema básico. Me refiero a Francia, que en sus reformas de 1966, superó el sistema de La Haya, estableciendo que en el contrato de transporte, el porteador asume una obligación de resultados. O sea, el contrato lo constriñe a su ejecución plena, salvo en los casos de excepciones legales expresas.

Perdonen esta disgregación. Pero la he considerado importante, para el examen de la teoría sobre funda-

mento de la responsabilidad que, me parece, está recogida en las nuevas reglas aprobadas en Hamburgo, 1978.

III. ESQUEMA DE LAS REGLAS DE HAMBURGO DE 1978, EN BASE A SUS ASPECTOS MAS RELEVANTES:

III.1. Para quienes participamos en la creación del Grupo de Trabajo sobre Transporte Marítimo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, comúnmente conocida por su sigla en inglés "UNCITRAL", no es difícil recordar la deliberada intención con que la Comisión de Transportes Marítimos de la UNCTAD encomendó a Uncitral, que iniciara el trabajo de modificar el Convenio de Bruselas de 1924, o que elaborara un texto de Convenio para ser aprobado en el ámbito de las Naciones Unidas y que reemplazara el Convenio de Bruselas de 1924, teniendo de antemano en mente una actualización de aquellas Reglas de La Haya que estaban sobrepasadas por la técnica más moderna en todas las etapas del tráfico por mar. Pero al mismo tiempo se pedía presentar nuevas soluciones a los puntos cruciales de la distribución de los riesgos del transporte marítimo, con la intención de proteger en mejor forma que el Convenio de 1924, los intereses de los países en vías de desarrollo. Es decir, de los países usuarios de los medios de transporte, que pertenecían a las grandes potencias marítimas. Por lo tanto, si bien se precisó en el acuerdo de la Comisión de Transporte Marítimo de la Unctad que se debía procurar suprimir las ambigüedades de las normas anteriores, corregir sus insuficiencias, pero evitando un eventual aumento de los costos del transporte, no es menos cierto que el proyecto en el cual debía trabajar Uncitral, debía tener como telón de fondo *esto de mejorar el status jurídico de los cargadores, con-*

signatarios o usuarios, en el contrato de transporte de mercaderías por mar⁴.

III.2. Así comenzó el trabajo, con la tenaz oposición de los representantes de las grandes naciones armatoriales. Y cuando estos oponentes se percataron de la velocidad que adquiría este afán de cambios, se decidieron a intervenir activamente en la elaboración de las nuevas Reglas, procurando constantemente que éstas no llevaran a cambios abruptos y de graves consecuencias para los intereses armatoriales. Y procurando, como lo han dicho algunos con perspicacia, sacar ventaja, torciendo el significado final, con inocentes cambios de redacción. Se puede entonces entender por qué las Reglas de Hamburgo no constituyen en sí mismas, un todo de orgánica perfección jurídica sino que han sido la resultante, como lo han explicado muy bien algunos autores argentinos, de una negociación muy trabajada, para lograr un consenso en esa Conferencia Diplomática de 1978. Lograr un consenso sobre a lo menos "algo", que poder ofrecer como fruto del trabajo de los Organismos de las Naciones Unidas⁵.

III.3. Con relación a las materias más importantes que antes se destacaron de las Reglas de La Haya, las nuevas Reglas de Hamburgo de 1978, contienen las siguientes variantes:

III.3.1. *Documentación del contrato*: (Art. 1º, Nºs. 6, 7 y 8; Art. 14, Nº 1º). El contrato de transporte de mercancías corriente, puede estar documentado, como puede

⁴ Resolución del grupo de Trabajo sobre Legislación Marítima Internacional, Segunda Sesión Ginebra 15-24 Feb. 1971. Doc. T.D/B/C.4/I.S.L./L.15.

⁵ LÓPEZ SAAVEDRA D. M. "Contrato de Transporte por Agua, Derecho y Política", B. Aires, 1979.

RAY JOSÉ D. "Las Reglas de Hamburgo de 1978", Anales Nº 16, año 1979.

MOSQUERA-UBIOS J. *Revista de Estudios Marítimos* Nº 24/25, B. Aires, 1980.

PORTELLA, Irineo J. *Revista Estudios Marítimos* Nº 24/25, B. Aires, 1980.

ser ajustado verbalmente; puede constar en un conocimiento de embarque, como puede dársele tal carácter a cualquier otro documento o recibo de las mercaderías por transportarse. En otras palabras, el ámbito de aplicación de estas nuevas Reglas, incluye a todo contrato, cualquiera sea el nombre que tenga, y por el cual resulte que el porteador se ha comprometido, contra el pago de un flete, a transportar mercancías por mar de un puerto a otro; se haya o no otorgado un documento o conocimiento de embarque. Esto implica evidentemente una ampliación del campo de aplicación de las Reglas. De esta manera, las Reglas se aplicarían a todas las nuevas formas como se han venido presentando los negocios de transporte de mercaderías por mar. Y especialmente a las formas de ajustar los contratos: sea por cables, telex, guías de transporte intermodal, etc. . . .

III.3.2. *Período de responsabilidad*: (Art. 4). En lugar del período de responsabilidad del transportador de “gancho a gancho” que regía el Convenio de Bruselas, ahora la responsabilidad del porteador sometida a las Reglas, abarca el período durante el cual las mercaderías están *bajo su custodia*, en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga. Esta extensión lleva a reflejar con más exactitud, que el contrato de transporte de mercaderías se encuadra para medir sus efectos, entre los contratos que la doctrina llama “obligación de resultado”, ya que la responsabilidad del transportador no expira con el simple hecho material de la descarga (transporte) sino que, se prorroga hasta que alguien las reciba; sea el propio consignatario de una manera directa o en la forma convenida en el contrato, o poniendo la carga en poder de la autoridad u otro tercero o a quien corresponda recibir en el lugar de destino.

III.3.3. *Cambios en los hechos que originan responsabilidad para el porteador*; (Art. 5). En este punto es donde se encuentran reformas sustanciales: En primer lugar, se

suprime aquella larga y casuística enumeración de los casos de exoneración de responsabilidad para el transportador. Y el nuevo Art. 5º, *siguiendo una metodología romana*, empieza por establecer un principio general de responsabilidad. En efecto, se hace responsable al transportador por los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño en las mercaderías, así como el retardo en la entrega, si el hecho que causó la pérdida, el daño o la demora se produjo cuando las mercancías se encontraban bajo su custodia. Esto como principio de base, pero admitiendo que el transportador quedará exonerado si prueba que él, sus empleados o agentes, adoptaron todas las medidas que "razonablemente" pudieran exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias.

Este principio tomado en el contexto del conjunto de las normas y a la luz de la declaración complementaria del anexo II adoptado conjuntamente con las Reglas de Hamburgo, significan que el principio en que se basa la responsabilidad del porteador en estas nuevas Reglas es el de la culpa o negligencia, y por lo tanto, como lo expresa el referido anexo, por regla general la carga de la prueba recae en el transportador, aún cuando en ciertos casos el mismo Convenio haga excepciones a esta regla general. Volveremos más adelante sobre el alcance de esta declaración de principios que es consagratória de la responsabilidad subjetiva para el contrato de transporte.

III.3.4. *Supresión de la falta náutica como causal de exoneración:* (Art. 5). En las Reglas de La Haya el transportador no era responsable, como ya se ha dicho, de los errores del Capitán y la tripulación en la administración y manejo de la nave. Esta causal desaparece, con lo que se hace al transportador responsable por todos los actos o hechos de sus dependientes que impliquen negligencia o imprudencia o descuido de parte de ellos, y sin que sea necesario distinguir en qué aspectos de los actos relacionados con el transporte, incidió la negligencia.

Hay aquí entonces una real transferencia de riesgos de la navegación que antes, a partir de 1924, se asignaron al dueño de la carga y ahora pasan al transportador, o sea a quien ejecuta el transporte y tiene la custodia de la mercadería. Esto es, en el concepto armatorial, el precio más caro que pagan por las Reglas de Hamburgo.

III.3.5. *Responsabilidad por demora:* (Art. 5, N° 1). Al aparecer mencionada la responsabilidad por retraso en la entrega y medida en su cantidad, se cambió el régimen de La Haya que en este punto se había ido interpretando como definitivamente liberatorio para el transportador. Ahora entonces, aparece una posibilidad de cobrar perjuicios por demora; pero con una triple limitación según sus casos: si hay daño y demora, el máximo de la responsabilidad no podrá exceder a los topes de la Regla base del Art. 6-1-A; si sólo hay demora, la responsabilidad estará también limitada a una suma máxima equivalente a 2.1/2 veces el valor del flete de las mercaderías que sufrieron el retraso. Pero estas 2.1/2 veces el flete, tampoco podrán exceder al flete de toda la partida de mercaderías que debían transportarse según el respectivo contrato y a cuyo lote pertenece la que llegó atrasada.

III.3.6. *Excepción para el caso de incendio:* (Art. 5, N° 4). Cuando este hecho ocurre a bordo, se invierte el peso de la prueba para suponer que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega derivan de un incendio fortuito, debiendo el demandante probar que el incendio se produjo por culpa o negligencia del porteador, sus empleados o agentes.

La letra b) del N° 2 del Art. 4° de las Reglas de La Haya exoneraban al transportador por pérdidas o perjuicios que provinieran de incendio, pero expresando que la exoneración no vale si el incendio es causado por falta o culpa del transportador, y conforme a los principios generales esbozados en los N°s. 1 del Art. 4 y letra g) del N° 2 de ese artículo, en el sistema de La

Haya, para que el transportador se exonerara de responder por el incendio, debía siempre producir la prueba de que el siniestro había ocurrido a pesar de que él y sus dependientes habían empleado la debida diligencia.

En el régimen de Hamburgo debe entenderse que los incendios se presumen fortuitos, y que toca al reclamante modificar este principio, acreditando culpa en el transportador o sus dependientes. Extraño cambio éste, que ciertamente mejora la situación del transportador.

III.3.7. *Limitación de la responsabilidad.* (Art. 6). Hay personas que habiendo participado en reuniones previas y durante la conferencia de las Naciones Unidas en Hamburgo en marzo de 1978, sostienen que también en esta oportunidad se produjo una transacción en la confrontación de intereses entre usuarios de bodega por una parte y armadores de la otra. Es decir, la resistencia de los transportadores para admitir una responsabilidad por faltas náuticas fue compensada con la mantención de un máximo de responsabilidad no más alto que lo que prácticamente se estaba aplicando en esos días. Límite este objetivamente bajo, y que prácticamente derivaba de la confusión o deformación en la manera de hacer la conversión de las antiguas Cien Libras Oro del año 1924, o por la rigidez de los valores establecidos en las leyes locales, cuando se fueron ratificando las Reglas de La Haya, y que no contemplaron la desvalorización monetaria.

Por lo tanto, en primer término, hay que constatar que el principio de la responsabilidad limitada del transportador sigue vigente y que su monto se ha llevado, como ya se dijo, a una cifra que en verdad es inferior a la que debería ser, si se convirtieran en monedas de uso local el valor intrínseco de las Cien Libras Oro, dispuestas en el año 1924. 835 unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga transportada, o bien 2,5 unidades de cuenta por kg de peso bruto de las mer-

derías perdidas o dañadas, si esta cantidad es mayor, es el límite fijado por Hamburgo.

En la actualidad al día 22 de mayo en curso, 835 unidades de cuenta equivalen a US\$ 1.085.— y 2,5 unidades de cuenta implican US\$ 3,25 por kg de peso bruto.

III.3.8. *Ampliación de las exoneraciones y límite de responsabilidad a las reclamaciones extracontractuales:* (Art. 7). Como se había establecido antes en las Reglas de Visby o Protocolo de Bruselas de 1968, el derecho a exonerar y limitar la responsabilidad en los términos establecidos en el Convenio, se extiende a toda acción contra el transportador. Ella se funde en la responsabilidad contractual o extracontractual o en cualquier otro caso. Y si se ejercita una acción contra un empleado o agente del porteador, si éste prueba que los hechos ocurrieron cuando estaba actuando en el ejercicio de sus funciones, también podrá acogerse a las mismas exoneraciones y límites de responsabilidad. Esta disposición del Art. 7^o pone término a las acciones directas o extracontractuales, que solían ejercitar los Aseguradores de la carga contra los transportadores, al margen de las estipulaciones de los conocimientos o del contrato de fletamento, y que conducían a veces a resarcimientos superiores a los topes de las Reglas de La Haya.

III.3.9. *Jurisdicción:* (Art. 21). Las Reglas de La Haya nada establecían sobre la materia. Ahora el Art. 21 establece toda una gama de competencia para conocer de las acciones contra los transportadores, manteniendo la facultad para el reclamante de escoger entre varios Tribunales que puedan tener jurisdicción. En esta materia se consagran algunas reglas que ya estaban adoptadas por otros Convenios Internacionales, pudiendo destacarse la asignación de competencia, al menos inicial, al Tribunal del lugar donde se hubiera embargado la nave. Con todo, el art. 22 consagra la posibilidad de que las partes pacten por escrito que toda controversia relativa al transporte de mercaderías pueda ser sometida

da a arbitraje. Pero el Arbitro en todo caso, deberá aplicar las normas del Convenio. Los lugares para la constitución del arbitraje quedan a la elección del demandante con la misma flexibilidad que la indicada en el art. 21, para una contienda ante tribunales ordinarios. Hay aquí entonces una restricción al principio de jurisprudencia, vigente en muchos países, de que las cláusulas atributivas de jurisdicción carecerían de toda validez, en términos absolutos.

- III.3.10. *Contenido del documento de embarque:* (Art. 15). Al indicarse las menciones que debe contener el Conocimiento de Embarque se han agregado numerosas precisiones, las que se han criticado como de engorrosas y confusas, tanto más si como ya se expresó, deja de ser imperativo el deber del transportador de emitir un conocimiento.
- III.3.11. *Reclamaciones y Acciones:* (Art. 19). En cuanto a reclamaciones y acciones se dan mayores facilidades a los destinatarios para reservar sus acciones, como es el caso de un nuevo plazo de 15 días, desde que llega la mercadería a manos del destinatario, para dar aviso de pérdida o daño cuando éstos no eran aparentes. Se establece un plazo de 60 días para reservarse el derecho a reclamar por el retardo, y por último, se aumentan las personas que pueden recibir el aviso de reserva que formule el reclamante (Art. 19). En cuanto a la prescripción de las acciones, ésta se extiende a dos años, en lugar del año que existía en las Reglas de La Haya (Art. 20)
- III.3.12. *Unidad para establecer el límite máximo de responsabilidad* (Arts. 6 y 26). Finalmente, se adopta en este Convenio de Hamburgo el mismo sistema que se venía estableciendo en otros convenios internacionales, (sobre contaminación, transporte aéreo, por ejemplo), para calcular el tope de responsabilidad. Esta se mide ahora en unidades cuya unidad es el llamado Derecho Especial de Giro "DEG", creado por el Fondo Monetario Internacional.

Esta salida del padrón oro o de referencias al valor del oro, se ha justificado explicando que este padrón dejó de ser la base de la mayoría de los sistemas monetarios en todo el mundo. Y para tener un punto de referencia representativo y más estable, pero que también refleje las fluctuaciones del valor adquisitivo del dinero, se inventó esta fórmula de crear una unidad establecida en un valor derivado de los valores fluctuantes de las monedas de 16 países económicamente importantes. Otros más perspicaces piensan que el cambio, en lo que se refiere a las Reglas de Hamburgo, se ha producido para eludir en la determinación del límite máximo de responsabilidad para nuestros días, las mayores cifras que habrían resultado de la simple equivalencia de las £ 100 Oro de 1924. Los que han hecho estos cálculos, expresan que esas £ 100 de aquel tiempo, corresponden a más o menos US\$ 4.500.

Recordemos, nuevamente que en las modificaciones a las Reglas de La Haya, de diciembre de 1979, se introdujo a éstas el mismo sistema del Derecho Especial de Giro, pero reducido a las cifras de 666,67 unidades de cuenta o 2 unidades por kilo bruto.

III.3.13. *Otras disposiciones encaminadas a precisar y ampliar las normas de La Haya y de Visby:* Como ya se ha dicho, no es la intención del relator describir aquí en su totalidad las Reglas de Hamburgo. Pero para que no se nos tache de incompletos, me permito hacer presente que estas Reglas tratan además los siguientes aspectos, sin que en ellos se pueda encontrar un cambio sustancial a lo ya existente: En las definiciones se hace una alusión al significado del porteador y al porteador efectivo; diremos que tal vez con la intención de someter a las Reglas, algunas formas que adopta en nuestros días la explotación de las naves, e incluso previendo, sin invadirlo, el transporte multimodal. (Art. 1º).

Respecto del ámbito de aplicación, además de los casos señalados por las primitivas reglas, y a los extendidos en las Reglas de Visby, se hace aplicable el Con-

venio incluso a los puertos de alternativa que estén sometido al régimen imperativo de la Convención (Art. 2).

Se precisa que el porteador no podrá acogerse a la limitación de responsabilidad cuando el perjuicio proviene de una acción u omisión suya realizada con intención de causar tal pérdida o temerariamente y a sabiendas que probablemente sobrevendría la pérdida. La misma situación se contempla para excluir el derecho del empleado o dependiente a limitar responsabilidad. En estos puntos, por la vía de la precisión, se disminuyen los casos en que se prohíbe al transportador limitar su responsabilidad, o sea se restringen los casos en que se entendía que el transportador no podía gozar de la responsabilidad limitada. (Art. 8). Respecto de la carga transportada sobre cubierta, se precisan las circunstancias de esta modalidad que habilitan para excluir de responsabilidad por las consecuencias del transporte en ese lugar. (Art. 9).

Se establece la posibilidad de disminuir la cantidad de indemnización que debe pagar el transportador cuando en el daño hubo concurrencia de su culpa con otros factores, sólo a la proporción de culpa que se asigne al transportador. (Art. 5, N° 7).

Respecto de las mercaderías peligrosas, se explicita la facultad del transportador para eliminarlas a fin de evitar el riesgo a la aventura común (Art. 13).

IV. EXAMEN DE LAS REGLAS DE LA HAYA Y HAMBURGO CON RELACION A LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO QUE INFORMAN LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS Y LOS SISTEMAS DE OTROS MEDIOS DE TRANSPORTE:

- IV.1. Para entrar al debate sobre la conveniencia de la ratificación de las Reglas de Hamburgo por los países latinoamericanos, es necesario que puntualicemos de

la manera más esquemática posible cuáles son las semejanzas y diferencias de ambos sistemas, y cuáles también sus diferencias con las reglas básicas del derecho privado clásico y con otros medios de transporte. Por considerar que las normas sobre responsabilidad objetiva en latinoamérica todavía no tienen valor de reglas básicas de general aplicación, me parece que en esta etapa del examen, no corresponde usarlas también como parámetro de comparación.

Algunas de estas ideas ya se han insinuado en esta relación. Por mi parte quiero referirme a lo que considero más importante.

IV.2.1. *Cantidad de responsabilidad:* En el derecho común, en el ámbito de lo contractual, el deudor responde en forma integral de la ejecución plena del contrato y debe indemnizar la totalidad de los perjuicios que cause a la contraparte, tanto por daño emergente, como por lucro cesante incluyendo dentro de esta segunda idea las depreciaciones de mercado y los perjuicios por atraso. Y respecto de todos los rubros, el derecho a reajuste por la desvalorización de la moneda en que se calculó el perjuicio al entablar la demanda. Lo anterior significa que el contrato de transporte clasificado como un contrato conmutativo y oneroso debería contener la misma cantidad de responsabilidad indicada por las reglas generales, si no hay normas especiales que lo disponga de otra forma.

En el campo extracontractual, el hechor debe un resarcimiento total, tan completo que la jurisprudencia, primero que los textos legales, estableció el derecho al reajuste de lo cobrado entre la demanda y la fecha del pago. Esta regla se ha extendido ahora por ley a ciertas obligaciones contractuales, y es además cláusula de estilo respecto de la mora en casi todos los contratos.

IV.2.2. En el sistema de las Reglas de La Haya de 1924, tal como lo interpretó la jurisprudencia, el transportador marítimo cuando es responsable, sólo debe una indemnización por toda clase de conceptos que nunca pasa-

rá del equivalente a 100 Libras Oro por bulto o por unidad de flete. Esta cantidad será después de la enmienda de diciembre de 1979 de 666,67 Deg, o sea US\$ 866,67 o Deg 2, que son US\$ 2,60 por kilo. (Las cifras en dólares, corresponden por ahora, a la conversión del DEG, en su valor de estos días).

IV.2.3. En el sistema de las Reglas de Hamburgo existe una responsabilidad limitada a un máximo de 835 unidades de Cuenta por bulto o unidad de flete, o bien, 2,5 unidades de cuenta por kg. de peso, según sea la cifra mayor que resulte aplicar. Estas cantidades son, como dijimos, actualmente US\$ 1.085,50 por bulto o unidad o de US\$ 3,25 por kilo de peso.

En el transporte internacional por carretera, el límite son 25 francos oro por kilo bruto.

En el transporte aéreo, con la enmienda de La Haya, la responsabilidad quedó limitada a 250 francos por kg. Pero después de las enmiendas de los Protocolos de Guatemala (1971) y de Montreal N° 4 (1975), la responsabilidad del transportador aéreo está limitada a 17 Derechos Especiales de Giro por kg. bruto de la carga.

IV.2.4. *Faltas que causan responsabilidad:* En el derecho común se responde por los hechos personales del obligado y por los hechos de sus dependientes encargados de la ejecución del contrato, con la misma amplitud con que se responde según el esquema descrito más arriba.

En las Reglas de La Haya no se responde por los errores en la navegación o en la administración de la nave, en que incurran los dependientes en la nave del transportador.

En las Reglas de Hamburgo se suprime la exoneración del transportador por las faltas náuticas de sus dependientes. En este aspecto la responsabilidad del transportador por los hechos de sus dependientes pasa a ser igual a la que existe en las reglas comunes.

IV.1.4. *Período de responsabilidad*: En las reglas comunes no existe una clasificación respecto del tiempo o las etapas en que el obligado corre con los riesgos. En principio, el que recibe una cosa que debe después entregar, se hace cargo de su custodia, y por lo tanto, asume los riesgos de pérdida o deterioro de esa cosa durante todo el tiempo que mantiene la custodia. En las Reglas de La Haya el período de responsabilidad sometido a régimen imperativo, comprende desde el momento en que se sube la carga a la nave y termina cuando ésta es sacada de ella.

En las Reglas de Hamburgo se extiende el período de responsabilidad para ponerla en principio, por un espacio similar al de las reglas comunes. O sea, se responde por los riesgos de la cosa durante todo el tiempo en que está bajo la custodia del transportador en tierra o en la nave.

En los convenios internacionales sobre: transporte aéreo, (Varsovia-La Haya) de mercaderías por carretera (C.T.R.) y por ferrocarriles (CIM), el transportador responde de los daños por todo el tiempo que los bienes están bajo su custodia, en tierra o en el vehículo. O sea, el período de responsabilidad también es igual a lo señalado por las reglas comunes.

IV.5.1. *Reclamaciones extracontractuales*:

En el derecho común, cuando juega la responsabilidad contractual, por regla general no se admite el cúmulo de responsabilidad, entendiéndose que la responsabilidad extracontractual queda subsumida por la responsabilidad contractual. Pero esta situación no obsta a que terceros independientes que hayan sufrido perjuicios por el mismo hecho que causó la responsabilidad contractual, puedan, a su vez, cobrar sus propios perjuicios por la vía extracontractual.

Las Reglas de La Haya, al referirse sólo al contrato contenido en un Conocimiento de Embarque no modificó las reglas generales; por lo tanto siempre existía la posibilidad del reclamo de un tercero por la

vía extracontractual. Sólo las Reglas de Visby en 1968 extendieron el derecho a limitar responsabilidad a los reclamos extracontractuales.

Las Reglas de Hamburgo contemplan el derecho del transportador a limitar responsabilidad por todo reclamo; se plantea por cualquier persona en el campo contractual o en el extracontractual.

Además se concede al empleado o agente del porteador el derecho para acogerse a las mismas exoneraciones y límite de responsabilidad que se asignan para el porteador, si prueba que los hechos dañosos ocurrieron cuando actuaba en el ejercicio de sus funciones.

En todo caso, cualquiera sea la cantidad de reclamos que se formulen al porteador, el conjunto de ellos no puede exceder a los límites establecidos en el art. 6º. Para el transporte aéreo, Varsovia-La Haya, dispone el mismo derecho a limitar responsabilidad a favor de los dependientes.

IV.6. *Documentos del transporte:*

De acuerdo con las reglas generales, los documentos tienen el valor que la ley asigna, según el grado de solemnidades que tienen. Por regla general el documento privado hace prueba entre las partes que lo otorgaron; no tiene valor probatorio alguno respecto de terceros; pero las partes no pueden desconocer su contenido.

En las Reglas de La Haya, es obligación otorgar un Conocimiento de Embarque con las menciones que prepare el embarcador y este documento hace fe en contra del transportador, pero admitiéndosele prueba en contrario. O sea, establece una presunción legal de verdad pero permitiéndosele al transportador probar lo contrario. Las Reglas de Visby prohibieron objetar el valor de un Conocimiento de Embarque respecto del tercero o tenedor del documento de buena fe, distinto del embarcador.

Las Reglas de Hamburgo no obligan al otorgamiento de un documento de transporte y se permite que tenga valor de conocimiento cualquier otro documento en que conste el compromiso del transportador de entregar la carga en un lugar distinto al de su embarque.

Las Reglas de Hamburgo también asignan el mismo valor probatorio de "prima facie evidence" al documento de transporte.

Pero las Reglas de Hamburgo se aplican también a cualquier tipo de contrato de transporte marítimo, en virtud del cual el porteador se compromete contra el pago de un flete a transportar mercancías por mar de un puerto a otro. Incluso aunque este contrato hubiese sido verbal.

En el transporte internacional aéreo, el expedidor (o embarcador) debe preparar la "carta de porte aéreo" en tres ejemplares, que el transportista deberá aceptar con su firma o timbre o expedirla a petición del expedidor.

La falta de documento, no afecta a la existencia o validez del contrato que se regirá por el Convenio (Varsovia-La Haya). La ausencia de carta de porte o la falta de ciertos datos, tiene la sanción de impedir que el transportista limite o excluya la responsabilidad en los casos previstos por la Convención.

Posteriormente el Protocolo de Montreal N° 4 de 1975, ha simplificado la documentación, suprimiendo la antedicha sanción y siendo alternativa de la carta de porte, el expedir un recibo u otro medio que deje constancia de la información relativa al transporte y que satisfaga al expedidor.

La carta de porte o el documento substitutivo hacen fe, salvo prueba en contrario.

IV.7. *Inamovilidad del Contrato:*

Según las reglas comunes, en todos los contratos que miran sólo el interés particular de quienes lo celebran (y al contrato de transporte se le asigna tal carácter)

las partes son libres de establecer las condiciones que quieran, con tal que el contrato conserve los requisitos de su esencia.

A este efecto se considera que la responsabilidad es un elemento de la naturaleza del contrato y que puede ser alterada por un pacto expreso de los estipulantes. Esto lleva implícita la posibilidad de estipular una limitación de responsabilidad.

Sin embargo, se estima que no es lícito suprimir toda la responsabilidad, porque entonces el contrato pierde su objeto.

Las Reglas de La Haya son imperativas, regulando los derechos de las partes en forma fija respecto del período en que ellas se aplican. Toda cláusula por la que las partes cambien sus normas fijas es nula y se debe mirar como no escrita.

Las Reglas de Hamburgo mantienen el mismo sistema de ser imperativas para todos los contratos de transporte en que según sus definiciones correspondan ser aplicadas, con la misma sanción de nulidad ya señalada y con la prohibición expresa de no insertar en los documentos de transporte cláusulas que se opongan al texto del convenio, so pena de hacer al transportador plenamente responsable. (Art. 23).

IV.8. *Fundamentos de la responsabilidad:*

IV.8.1. Para los países latinoamericanos que siguen los sistemas del derecho romano, como se dijo en otra parte de esta exposición, el fundamento de la responsabilidad en un contrato dimana del deber de cumplir la obligación prometida, o sea por el hecho de haber asumido una obligación, se debe indemnizar los perjuicios que cause su incumplimiento. Esto como principio de base.

Para medir la cantidad de la diligencia que debe prestar el obligado en la ejecución de la obligación, se entra en los distingos (ya obsoletos) de la culpa grave, leve y levísima, y el obligado que desea des-

cartar su responsabilidad debe justificar que los hechos perjudiciales se originaron por circunstancias más allá que la cantidad de cuidado que debía poner en el cumplimiento de la prestación, o que los hechos ocurrieron por causas irresistibles, insuperables. El obligado debe probar que los hechos le son inimputables ya porque derivan de caso fortuito o fuerza mayor que le son liberatorios o por alguna otra causal legal liberatoria.

Vuelvo a repetir que, mientras el obligado no pruebe que los hechos dañosos ocurrieron más allá del margen de su deber o por circunstancias que le son inimputables, subsiste su deber de cumplir por equivalencia, o sea de indemnizar perjuicios.

IV.8.2. *En las Reglas de La Haya*, al haberse seguido el esquema del Common Law, esta situación de base se invierte, y el obligado o transportador sólo es responsable si no usó la debida diligencia para controlar los hechos que produjeron el daño. Aunque la distinción puede parecer sutil, en su estructura misma el fundamento es diferente; ya que, en todo el sistema del Common Law, sólo existe responsabilidad cuando se ha faltado a la diligencia debida. Por lo tanto cuando se prueben circunstancias que demuestren el empleo de la diligencia debida, cesará el deber de indemnizar. Y esto es diferente, incluso en el tiempo, al sistema de la responsabilidad contractual de los descendientes del Derecho Romano. En estos últimos el deber de responder nace con el contrato. En el Common Law, el deber de responder sólo nace cuando se produjo la falta de la debida diligencia. Este es el sistema de las Reglas de La Haya⁶.

⁶ RIPERT G. "Traité de Droit Maritime" T. 2, 2^o Ed., París.
DANJON D. "Traité de Droit Maritime" T. 2, 2^o, Ed. París.
RODIERE R. "Traité General de Droit Maritime" Mise a Jour, 1978, Dallos, París.
Mismo autor: Rev. Le Droit Maritime, Français, N^o 368, año 1979, París.

Lo anterior nos conduce a reconocer que en el sistema de La Haya, cuando no se conoce la causa principal o directa del daño, pero se prueba que hubo debida diligencia, no hay obligación de indemnizar.

En cambio para los derechos romanistas, si no se conoce la causal del daño basta con atenerse a sus efectos y el obligado debe responder. Por otra parte, recordemos que en las Reglas de La Haya se hizo una enumeración de los casos de exención de responsabilidad, para precisar las situaciones de excepción, porque en el sistema del Common Law no existe la generalización del caso fortuito o fuerza mayor. Para ese sistema, cualquiera cosa que sobrepase la debida diligencia, es como un caso fortuito, o es ininputable. Valga lo dicho para explicar porqué para un convenio de aplicación a todos los sistemas jurídicos, se necesitó enumerar los casos fortuitos y las demás circunstancias liberatorias, que en el solo derecho continental clásico, no lo habrían sido.

IV.8.3. *Las Reglas de Hamburgo* han corregido la terminología con que se describe la responsabilidad del transportador. Y se dice, y con razón, que se ha vuelto a emplear el esquema o metodología romanística para la construcción de las leyes. Esto es, que se indica en forma positiva el principio general sin enumeraciones y luego se describen también en forma conceptual, las situaciones de excepción.

¹ Los autores citados anteriormente pueden consultarse también sobre otros puntos aludidos en el presente trabajo.

² Sobre materias relacionadas con el tema central, también puede consultarse a:

ARROYO Ignacio: "La distribución del Riesgo en el Derecho Marítimo", R.D.M., Madrid, 1977.

EYZAGUIRRE Rafael: "Contrato de Transporte y Nociones de Derecho Marítimo y Aéreo", Ed. Jurídica de Chile, 1980.

MONTIEL, Luis Beltrán: Revista de Estudios Marítimos, B. Aires, Nos. 18-19; N, 24/25.

TETLEY William: "Marine Cargo Claims", 2º, Ed. Butterworths, Toronto, 1978.

Pero la gran duda está en si el enunciado afirmativo del N^o 1^o del Art. 5^o que dice: “el porteador será responsable de los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso de la entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia en el sentido del art. 4^o”, significa plenamente una vuelta al sistema del derecho clásico de los países continentales. O sea, la vuelta al principio de que el transportador responde en principio de todo lo que le ocurra a la carga mientras está bajo su custodia, salvo cuando prueba la causal liberatoria.

Así, la parte siguiente de la disposición citada, no sería sino entonces la segunda generalización, en cuanto se le permite al transportador liberarse de la responsabilidad, cuando produce la prueba liberatoria de haber adoptado, él o sus dependientes, “todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias”.

Esta manera de expresar el fundamento de responsabilidad, con que empieza el art. 5^o, es la que me ha dado la libertad para decir, en otra oportunidad, que este artículo estaría presentando una especie de responsabilidad objetiva en forma provisoria, y que por lo tanto el deber de indemnizar sólo desaparece cuando el transportador produce la prueba de haber adoptado toda la diligencia adecuada y razonable.

Es efectivo que en la Convención de 1978 se aprobó una declaración de principios, en un Anexo, manifestando que la responsabilidad del porteador se basa en el principio de la presunción de culpa o negligencia. Consecuentemente para los preciosos del lenguaje debe descartarse la noción de responsabilidad objetiva en este punto. Pero me quedo con la idea de que se ha vuelto a la sistemática romanística, y que la responsabilidad emana de la culpa presunta que está involucrada en los contratos, cuando el obligado no demuestra un hecho liberatorio.

Aparte de las consecuencias que este cambio de sistema podría significar en las interpretaciones jurisprudenciales, por mi parte pienso entonces que los accidentes de causas desconocidas en Hamburgo, corren por cuenta del que tiene la custodia de la mercadería, o sea por cuenta del transportador, ya que el ejercicio de su debida diligencia para liberarse, debe estar referida a evitar el hecho y sus consecuencias; lo que supone el conocimiento y la prueba del hecho dañoso.

IV.8.4. Agreguemos finalmente en este punto, que el fundamento sobre responsabilidad que se adoptó en Hamburgo es similar al que el Convenio de Varsovia de 1929 había adoptado para la responsabilidad del porteador aéreo frente a la carga. Pero agreguemos también que el Protocolo N^o 4 de Montreal de 1975, sustituyó el Art. 19 del Convenio de Varsovia-La Haya estableciendo el principio de responsabilidad objetiva para los daños a la carga en el transporte aéreo. Pero este Protocolo aún no entra en vigor.

En cuanto a la responsabilidad del transportador terrestre, la Convención de Ginebra de 1956 sobre transporte internacional de mercaderías por carretera, C.M.R. que se aplica, diremos, en el ámbito del Mercado Común Europeo, tiene su base en la presunción de culpa del transportador. Pero es permitido excepcionarse probando alguna de las causales taxativas de inimputabilidad. La interpretación doctrinaria de esta Convención —entre países con familia jurídica de ancestro romano— es que el transportador está siempre en presunción de culpa a menos que pruebe la excepción legal. O sea, no le vale excusarse diciendo que obró con la debida diligencia.

Las Reglas del C.I.M. sobre transporte ferroviario de 1961, son similares a las del transporte internacional por carretera.

IV.9. Hay otras comparaciones que podrían hacerse sobre el contenido jurídico de cada Convención. Algunas de

ellas ya se han deslizado anteriormente al mencionar los aspectos más relevantes de cada una de ellas. Mi intención no es tratar in extenso todas las diferencias o contradicciones de uno y otro texto, porque si vamos a examinar las grandes cuestiones por las que deben pronunciarse estas jornadas, no tiene objeto perder el tiempo en los detalles. Sin embargo, no hay inconveniente en que cualquiera de los presentes pueda agregar o hacer connotar algunos otros aspectos de diferenciación entre las dos Convenciones que sea importante para un juicio de valores.

V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS CAMBIOS JURIDICOS Y EL FUTURO DE LAS REGLAS DE HAMBURGO

V.1. La primera cosa que cabe preguntarse después de este esquema de cambios es precisar cuándo se hizo el gran cambio para el transporte marítimo.

Como se apreciará, el gran cambio con relación a las reglas generales de la responsabilidad, estuvo en las Reglas de La Haya de 1924.

Allí se consagró el derecho de excluir la responsabilidad de las faltas náuticas y allí se consagró el derecho a limitar responsabilidad por todo reclamo.

Allí también se adoptaron las fórmulas del Common Law para fundar la responsabilidad.

Dijimos ya que la Convención de Bruselas de 1924 fue el resultado de la transacción entre la irresponsabilidad total de las cláusulas de los conocimientos y la nulidad plena de tales estipulaciones.

V.2. ¿Cuáles son los cambios más significativos de las Reglas de Hamburgo?

Para mi modo de ver, ellos se encuentran en la supresión de la exención de responsabilidad por las faltas náuticas o administrativas y en la vuelta al

sistema romanista, o al menos, como el romanista, para fundar la responsabilidad.

En lo formal, el cambio está en la supresión del Conocimiento de Embarque como título obligatorio de las mercaderías a emitirse por el transportador.

Hay también numerosas otras disposiciones que aparecen en las Reglas de Hamburgo y que no estaban en las Reglas de La Haya, que se establecieron con el buen deseo de ampliar el campo de aplicación, precisar cuestiones ambiguas o reglamentar nuevas situaciones que la práctica fue presentando. La crítica de cada una de ellas, depende generalmente del partido que se toma para opinar sobre las reglas.

Si se está del lado de los Armadores, se dirá que muchas de esas nuevas disposiciones traen confusión, complicarán las operaciones del transporte marítimo y producirán el aumento de los fletes.

Si se está del lado de los usuarios de bodega, ellas se mirarán con más indulgencia y a veces se dirá que la situación del usuario parece ahora más resguardada, pero no tanto como habría sido deseable. Como ser por ejemplo, respecto del aumento de la aplicación de las reglas a todo el tiempo en que la carga está bajo la custodia del transportador. En este punto, habrá voces de reprobación, si ellas vienen de un país cuya jurisprudencia haya dicho que en las etapas del contrato de transporte en que no rige la Convención imperativa, no le es lícito al transportador excluirse de las reglas comunes. Pero si la situación se plantea bajo un sistema, como es el de mi país, en que se entiende que en todo lo no imperativamente ordenado por la Convención, hay plena libertad contractual; entonces, para los que quieren proteger a los usuarios de bodega les resulta muy bienvenida esta norma que amplía la responsabilidad por custodia.

Este mismo hecho de que el examen del texto de Hamburgo se hace, instintivamente, con relación a lo que existe en el lugar en que se está, ha producido

toda suerte de juicios, algunos, casi cargados de pasión, porque en ellas no resultó solucionado algún problema que concretamente se esperaba aclarar.

V.3. Cuestiones que pueden servir de base al debate. Para no caer entonces en un debate entre partes vehementemente interesadas en ganar el juicio... he procurado describir las Instituciones en un plano exclusivamente jurídico.

Me parece que el debate debería primero tomar en cuenta qué es lo que los países latinoamericanos desean como esquema general para el mejor desarrollo de sus economías.

La premisa que se extraiga de ese análisis económico, debería ser también el punto de vista general con el cual habría que situarse frente a las Reglas de Hamburgo.

V.4. En el plano de lo interdisciplinario, como lo dije al comienzo de esta relación, los sistemas de responsabilidad de los transportadores marítimos, dada la interdependencia actual de las diversas regiones y el progreso técnico en la forma de hacer el transporte, no pueden ser examinados en forma aislada y sin tomar en cuenta cómo se viene dando la responsabilidad en el transporte terrestre y en el transporte aéreo.

También debe tenerse presente la forma cómo han evolucionado los principios de responsabilidad y los deseos de seguridad social o colectiva que informan todas las fuentes de responsabilidad. Por último el examen de las Reglas de Hamburgo no debe hacerse sólo pensando en las operaciones de tráfico marítimo como se planteaban en el año 1924, sino que como se producen en este año 1980. Digo por ejemplo: qué importancia tiene una discusión acalorada sobre el máximo de responsabilidad por bulto del transportador, si el tráfico de nuestros días está constituido principalmente por grandes cantidades de cargas masivas y homogéneas, de bajo costo y respecto de las

cuales, el monto asignado por unidad de peso alcanzaría para satisfacer el perjuicio real que se sufriría con la pérdida o deterioro de esas cargas. Me parece que los criterios sobre el transporte deben apuntar más bien a estas otras formas modernas de la circulación de mercaderías y materias primas por mar, y que constituyen la mayor proporción del tonelaje movilizado.

Valga lo dicho para superar las críticas ácidas respecto a la terminología empleada en las Reglas de Hamburgo. Recordemos que sus redactores no eran un grupo de científicos jurídicos, sino, integrantes de una Comisión Mercantil, tratando de lograr un consenso. Pero tampoco podemos olvidar la intención con que ellas se elaboraron: procurar una distribución de los riesgos en el transporte, que mejorara la posición de los usuarios; a la vez que tratar de modernizar las Reglas de La Haya y aclarar sus pasajes oscuros y la ausencia de disposiciones en determinados aspectos.

V.5. CONCLUSION FINAL:

Las Reglas de Hamburgo tienen ya dos años de existencia, pero todavía no se conoce su futuro. Hay quienes especulan que su adopción traerá incertidumbres porque se desconocerá cuál será en definitiva la aceptación que ellas puedan tener en la comunidad marítima internacional. A estos impugnadores habría que recordarles que las Reglas de La Haya, primero nacieron en 1921; se aprobaron en 1922 y porque nadie las quería usar voluntariamente, debieron ser llevadas a una Convención Internacional en 1924, y por último recordarles que su difusión y aceptación internacional demoró varias décadas en producirse.

Naciones Unidas, a petición de UNCTAD ofrece a la comunidad marítima internacional esta versión para regir el Contrato de Transporte. Lo ha ofrecido como un solo todo para evitar que por la vía de las reser-

vas se distorsione su eficacia de aplicación uniforme en todas partes. Las naciones desarrolladas que aprobaron las Reglas de Hamburgo, se preguntan ahora qué esperan los latinoamericanos y los afroasiáticos para poner en vigor estas reglas. Así se lo dijeron al que habla en ocasión de la Conferencia Diplomática celebrada en diciembre pasado en Bruselas, en que se hicieron los cambios al DEG, para las Reglas de La Haya.

En otras palabras, señores, la suerte futura de las Reglas de Hamburgo depende en estos momentos de la recepción que ellas tengan en los países latinoamericanos; que son naciones de intereses marítimos homogéneos y que forman en el concierto mundial un grupo o región cohesionado.

Preguntémonos de qué lado han venido las mayores críticas a las Reglas de Hamburgo...

Y ¡cuidado, cuando se hacen citas de organismos privados que han dado su veredicto contra las Reglas! Muchos tienen de antemano, su color definido.

Aquí vuestros estudiosos se pronuncian contra las reglas por su insuficiencia en satisfacer lo que debería ser la adecuada defensa de los usuarios de bodega.

Pero Uds. también tienen autores que apoyándose en los primeros, se pronuncian también contra las reglas, pero por intenciones opuestas: porque son perjudiciales para los intereses armatoriales.

Esto ocurre también en el plano de otros organismos privados internacionales; se usan los argumentos del contrario para vituperar contra Hamburgo, o sea, como dijo alguien, para allegar más agua a su molino. Pero a este otro molino, lo que le interesa es que se mantengan las Reglas de La Haya, porque así no aumenta la responsabilidad del transportador... Ni empieza a desplazarse, en el tiempo, el péndulo de la responsabilidad mantenido desde 1924 en un extremo, hacia al menos un centro, más cerca de la gravedad común.

Por eso, ahora, entre un extremo y el otro: Entre la responsabilidad íntegra que preconizan algunos, porque hacia allá camina toda la responsabilidad, y la responsabilidad limitada y parcial para proteger al negocio naviero, me pregunto: ¿no habrá algún punto de inteligencia que pueda durar otros 50 años, como las Reglas de La Haya? ¿Pueden ser las Reglas de Hamburgo un nuevo punto de equilibrio?, siempre transitorio, porque el derecho siempre tendrá que corregirse cada vez que los progresos técnicos y los requerimientos sociológicos se lo reclamen. Y... quién puede predecir qué medios de transporte serán usados en 10 ó 20 años más...

Mis últimas palabras, junto con agradecer la benevolencia con que me habéis escuchado, son que no tratemos estas materias con el rigor de lo óptimo que nos agradaría a cada uno, según los intereses que le rodean, sino que lo hagamos con generosidad, con la generosidad que nace del saber y del respeto en la confrontación de ideas, hasta encontrar algo que logre la aceptación de todos. Pero para esto hay que ceder, aunque en ello se quiebre la perfección jurídica. Si no..., quedaremos donde estamos.