

LA ENCRUCIJADA DEL CONTRATO DE
TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR MAR.
LA FALTA NAÚTICA

EUGENIO CORNEJO FÜLLER
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Desde algunas décadas a esta parte, en la comunidad marítima internacional se ha producido un consenso sobre la necesidad de renovar la normativa internacional sobre el contrato de transporte de mercancías por mar, que de una manera estándar se inserta en los conocimientos de embarque (Bill of Lading). Con la generalización del Contenedor como envase sellado para transportar cargas “puerta a puerta” la insuficiencia de la infraestructura jurídica creada hace 80 años para el transporte de mercancías por mar bajo conocimiento embarque, se dice que está sobrepasada.

En los foros internacionales de organismos estatales y de organizaciones privadas, el tema de la renovación está a la orden del día.

Ciertamente la distribución de la responsabilidad entre las partes es una cuestión palpitante, y que tiene su barrera de divorcio en las obligaciones que se asignen al transportador.

Específicamente el punto más controvertido es éste de la exoneración tradicional del naviero por las llamadas faltas náuticas o en la administración de la nave, del capitán y/o demás dependientes en su operación.

ABSTRACT

For quite some decades now, in the international maritime community, a consensus over the need for a renewal of the international regulations on contracts of goods shipping by sea —included somehow in the Bill of Lading— has been reached. It is said that, with the generalization of the container as a sealed box for shipping door-to-door cargo, the deficiency of the juridical system established 80 years ago for goods shipping by sea under bills of lading has increased. In the agendas of international forums in which state entities and private organization participate, the renewal of contracts is most certainly included. Clearly, the burden of responsibility carried by each of the parties is a stirring issue and finds a divorce barrier in the duties assigned to the shipper. In particular, the most controversial issue is the traditional exoneration of the ship owner from the so-called nautical failures or from failures in the management of the ship, in the captain and/or in others on which she depends for her operation. It is said that this is obsolete in the face of technology and communications media. The whole problem is what leads to describ-

Se dice que esto está obsoleto frente a la actual tecnología de las naves y los medios de comunicación.

Toda la problemática envuelta es lo que nos lleva a describir esta encrucijada del contrato de transporte de mercancías, en todo o parte por mar.

PALABRAS CLAVE: Capitán - Navegabilidad - Transporte Multimodal - Límite Responsabilidad.

ing this dilemma presented by contracts for goods shipping, either complete or partial, by sea.

KEY WORDS: Captain - Navigability - Multimodal shipping - Liability limit.

I. LA FALTA NAÚTICA

Al comentar un fallo de la Corte de Casación de París (nuestra Corte Suprema en Chile) se pregunta un Autor de Derecho Marítimo, el Dr. Antoine Vialard ¿es que subsiste la exoneración del transportador de mercancías por mar por la falta náutica del Capitán o sus dependientes en el viaje en cuestión?

La pregunta se formula en relación al efecto de un error en la estiba que provenía de una falta del transportador en poner la nave en buen estado de navegabilidad, o por una falta suya de proceder cuidadosamente al cargamento de la mercancía. En ambos casos la Corte rechazó la exoneración de responsabilidad alegada por el transportador fundada en que el daño a la mercancía se había debido a una negligencia de sus dependientes respecto de la ubicación de las cargas que podían generar contaminación. En otra oportunidad la misma Corte de Casación rechazó la excepción porque el mal tiempo que produjo desestiba, no era un peligro de magnitud para poner a la nave misma en riesgo de sucumbir por aquel mal tiempo.

El comentarista agrega que después de todo se palpa en estos tiempos una manifiesta adversión del Tribunal de Casación, por la admisión de esta causal de exoneración de la responsabilidad de los transportadores, sin una prueba muy calificada de los hechos liberatorios.

Pero generalizando, quien observe el tráfico de mercancías y/o contenedores moviéndose por todo el mundo, objetivamente tiene que reconocer que la legislación internacional vigente para manejar el transporte internacional de mercancías por mar o parcialmente por mar, ha hecho crisis y requiere de un ajornamento, para satisfacer los requerimientos de aquel comercio marítimo internacional.

Esta apreciación se ve confirmada con el esfuerzo que realizan en estos tiempos el Comité Marítimo Internacional CMI y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional CNUDMI o UNCITRAL, para encarar toda su problemática. Estos organismos, uno del mundo privado y el otro oficial de las Naciones Unidas, han emprendido la tarea de presentar a la comunidad marítima internacional, un Nuevo Texto, muy ambicioso, para regular lo que con una sola expresión, vulgarmente, se denomina el transporte puerta a puerta.

No parece necesario recordar la historia o evolución experimentada por la

normativa para el transporte por mar, desde hace un siglo aproximadamente, derivada de respectivas Convenciones Internacionales. Sin embargo, mencionemos en forma muy resumida, el camino recorrido:

1. La primera iniciativa la constituyó la *Harter Act de 1893* en Estados Unidos, su objetivo fue proteger a los empresarios exportadores de granos de ese país respecto de las cláusulas de no responsabilidad de los transportistas o armadores, estableciendo una regla básica de prohibición de liberarse por la negligencia del capitán en aquellas exportaciones.

2. Luego aparecen en el escenario las llamadas *Reglas de La Haya*, que fueron aprobadas en una Convención celebrada en Bruselas, el 25 de agosto de 1924 sobre Unificación de Ciertas Reglas sobre los Conocimientos de Embarque.

En síntesis, este régimen que se denominó la ley del conocimiento de embarque, ha tenido un éxito internacional definitivo, en el sentido que su ratificación progresiva por los diversos países y regiones del mundo ha constituido, por decirlo así, la regla estándar para el transporte marítimo de mercancías.

Sus principales características pueden resumirse como sigue:

a) Es una normativa imperativa: Los que han ratificado o adherido a esta Convención, están obligados a someter los contratos de transporte de mercancías por mar a su tenor.

b) Es la ley del conocimiento de embarque, como se ha expresado antes, porque su estructura opera en relación a la circulación del conocimiento de embarque, como prueba y contenido del respectivo contrato de transporte.

c) Seccionó las etapas del transporte en antes del embarque, durante el transporte y después de la descarga en destino. Es decir, sus disposiciones rigen imperativamente las relaciones de transportadores, embarcadores y consignatarios desde que las cargas se reciben en la nave hasta que se desembarcan de ella en el destino. En cuanto a la eficiencia de la nave transportadora, este Convenio Internacional exige la preparación técnica de la nave y la eficiencia de sus bodegas, para el transporte. Es decir, la obligación es presentar la nave en el lugar de embarque en perfecto estado de navegabilidad. Si esta navegabilidad se perjudica durante el viaje, ello no es de responsabilidad del transportador, en principio. Finalmente, las partes tienen libertad para pactar lo que sea más conveniente para la etapa previa del embarque y para lo que ocurra después de la descarga. Pero, por regla general, el transportador no asume responsabilidades sino por la custodia de las cargas, durante el tiempo del viaje.

3. Por iniciativa de los países en vías de desarrollo, la CNUDMI preparó y obtuvo un acuerdo para la conformación de Nuevas Reglas Internacionales que se han denominado Reglas de Hamburgo sobre el Transporte por Mar, del 31 de marzo de 1978. Esta proposición de Naciones Unidas no ha tenido en el tiempo el mismo éxito que las Reglas de La Haya-Visby. La Convención del 31 de marzo de 1978 sólo ha llegado a ser Tratado Internacional a contar del 30 de octubre de 1992, y solo entre 28 países ratificantes.

La diferencia substancial de este Nuevo Texto, consiste en haber modernizado toda la terminología de las Reglas de La Haya, para presentar normas que regulan el contrato de transporte por mar como una obligación de resultado y que extiende la responsabilidad del transportador desde que recibe las cargas en

el puerto de embarque hasta su entrega en el lugar de destino, aplicándose su normativa al antes y después del tránsito mismo en la nave. Es decir, como indica su artículo 4º, *“El transportador es responsable durante todo el tiempo en que la carga está bajo su custodia, en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga”*.

4. Si bien las Reglas de La Haya tenían un contenido estructural teñido de los sistemas jurídicos de los países del Common Law, las Reglas de Hamburgo, en cambio, tejen su sistema sobre la base de la responsabilidad contractual de las legislaciones civiles continentales. Y, resumiendo su contenido jurídico, puede decirse que es paralelo a las reglas que los códigos civiles contienen para la responsabilidad por el incumplimiento contractual (con limitación para la responsabilidad máxima), pero haciendo imperativas aquellas reglas de custodia y presunciones de culpa de los códigos civiles para el incumplimiento de los contratos. Esto implica que la estructura de las Reglas de Hamburgo establece un contrato de transporte que contiene una obligación de resultado, que comporta la obligación del transportador de mantener el buen estado de navegabilidad de la nave, por todo el tiempo que las mercancías están a bordo. Consecuentemente, las Reglas de Hamburgo suprimieron todo el catálogo o enumeración de excepciones de responsabilidad que el artículo 4º de las Reglas de La Haya señalan para el transportador, y entre ellas, principalmente, la exención de responsabilidad por las llamadas faltas náuticas o en la administración de la nave.

5. En los últimos tiempos también han aparecido otros códigos de transporte marítimo que disponen normativas distintas a los dos sistemas antes señalados, como el Código Marítimo chino del año 2000 o como son las Reglas de Transporte que se han dado los países escandinavos, que emparentados con las Reglas de Hamburgo, por su aceptación singular, corrigen y facilitan la prueba de no responsabilidad para el transportador.

Un examen comparativo entre las Reglas de Hamburgo y las legislaciones marítimas locales de los países escandinavos, permite subrayar una similitud en los textos de los códigos internos de esos países y dichas Reglas, lo que no es de extrañar si se recuerda que UNCITRAL, cuando se abocó a la creación de una nueva legislación sobre el contrato de transporte marítimo, su Secretaría contrató al profesor E. Selvic para la redacción de los primeros proyectos a debatir en la Comisión de Transporte de ese Organismo. El mismo profesor Selvic hizo de relator en el estudio efectuado por esta Comisión de Transporte de UNCITRAL, sobre el proyecto, que más adelante se denominó “Las Reglas de Hamburgo 1978”.

6. Por otra parte, puede citarse el proyecto del Senado de los Estados Unidos de Norteamérica para una nueva Carriage of Goods by Sea Act COGSA-99. Este ambicioso proyecto, que renueva la legislación sobre el contrato de transporte para Estados Unidos, suprime la exención por error en la navegación o en la administración, como defensa para el transportador semejándose en parte a las Reglas de Hamburgo, pero con ciertas diferencias, puesto que, respecto de esta causal de exoneración, si bien ella se elimina, se dispone que el peso de probar que hubo error en la navegación o en la administración, lo soporta el reclamante.

7. Respecto de las legislaciones de los países escandinavos, éstas, con una estructura similar a las Reglas de Hamburgo para poner la responsabilidad del

transportador durante todo el tiempo que tiene la custodia de las cargas, mantienen el catálogo de exenciones de La Haya-Visby, pero obligando al transportador a probar siempre, que puso todo de su parte para evitar el daño y sus efectos, o para probar que la responsabilidad ha sido de un tercero.

También el examen de otros conglomerados jurídicos contemporáneos ponen en la disyuntiva la subsistencia de la exoneración por falta náutica.

Los cambios a futuro.

8. Desde un esquema más amplio, corresponde destacar el ambiente dispuesto para renovar las normas del transporte marítimo regulado por las Reglas de La Haya-Visby. Fundamentalmente todos esperan su necesaria ampliación para aludir a las obligaciones y derechos de las partes antes y después del transporte por mar o a las obligaciones del “transportador contratante” por aquellos que ejecuten realmente el transporte o “transportador efectivo”, buscando extraer de las realidades cuál deba ser la reglamentación uniforme internacional para todas las etapas de un transporte puerta a puerta, y que necesariamente tendrá que normar el transporte en contenedores.

9. Es en el contexto descrito anteriormente que UNCITRAL y el Comité Marítimo Internacional han desarrollado el Proyecto de Nuevo Instrumento sobre el Transporte Internacional de Mercancías por Mar, que en el examen de algunos juristas marítimos continentales, debiera denominarse El Transporte Multimodal Transmarítimo (P. Bonassies), o para otros, Contrato de Transporte más Contrato de Ejecución.

No es nuestra intención participar en el controvertido análisis del Proyecto UNCITRAL/CMI, que ha recibido ácidos comentarios de los sectores académicos, sino referirnos a uno de los temas que aparece ya definido en el texto último de este Proyecto (octubre de 2003), y en los debates ocurridos en los diversos foros donde se ha examinado esta parte del Proyecto. Nos referimos al punto antes enunciado de la supresión del beneficio de la no responsabilidad del transportador por Falta Náutica, establecido en las Reglas de La Haya-Visby con los siguientes términos (artículo 4º Nº 2, a): “*Ni el transportador, ni el buque, serán responsables por pérdida o daño resultante o proveniente de: a) acciones, negligencias u omisión del capitán, marino, práctico o empleado del transportador en la navegación o en la administración del buque*”.

10. A nuestro entender, cualquiera sea la suerte del Proyecto mismo, esta materia específica de la falta náutica hace crisis a la hora actual, especialmente por “la contenerización” de uso universal, que conlleva al transporte multimodal. Y por otra parte, como efecto de la “desmaterialización” de los contratos de transportes multimodales.

Por lo mismo, uno de los temas más debatidos en la elaboración del Nuevo Proyecto de legislación internacional, es el que se refiere a la exoneración para el transportador por las “faltas náuticas o en la administración de la nave”.

Esto es indicativo que en estos tiempos algo hay que innovar: ¿Qué razones existen, hoy por hoy, para mantener esta liberación de responsabilidad de los armadores y/o transportadores, en un universo que camina hacia sistemas de responsabilidad objetiva?

No obstante tener presente que ésta es una de las aristas o conquistas más

importantes de las Reglas de La Haya-Visby en materia de responsabilidad del transportador, no es menos cierto que el tema rebasa lo que ha sido la tradición y la costumbre, formada por el texto de dichas Reglas transcrito más arriba, casi hasta llegar a un supuesto subentendido que, en todo conocimiento de embarque u otro documento de transporte, debían aparecer expresiones similares a las del artículo 4 N° 2 de la letra a) del Convenio de Bruselas de 1924, descartando las responsabilidades del transportador en ese punto.

11. Indudablemente las Reglas de La Haya-Visby, establecidas solo para el tiempo en que las cargas están a bordo, son insuficientes para la resolver la problemática actual, y todos están de acuerdo en ello.

Es aquí donde decimos que el transporte de mercancías por mar se enfrenta a una encrucijada: ¿Subsisten las circunstancias de hecho para los medios de transporte que existían en las primeras décadas del siglo pasado para justificar éstas excepciones que se defienden con tenacidad?

De todos los sectores, con la reticencia de los abogados de los aseguradores de la responsabilidad civil de los transportadores (generalmente los P&I Clubs), se siente la presión de una redistribución de los riesgos del transporte entre dueños de las cargas y transportistas, que sea más equitativa que la que nació de las citadas Reglas de La Haya.

12. Las innovaciones. Los progresos en las vías marítimas, la calidad de la construcción naval en sí misma; los medios de comunicación, en especial la telefonía, los facsimiles o los correos electrónicos, permiten una comunicación permanente entre las naves y sus operadores o sostenedores en tierra, de suerte que son muy escasas las decisiones personales del capitán durante una travesía o aventura, y su accionar está, a lo menos, recomendado si no ordenado, por aquellas agencias que el armador tiene en tierra para manejar sus buques en navegación. Agréguese a lo anterior los permanentes boletines sobre el estado del tiempo y su previsión, que emiten para los navegantes los organismos técnicos de cada país, afiliado a los sistemas internacionales de control y estudio del desarrollo atmosférico. Todo este cúmulo de innovaciones o nuevas formas de desarrollar el negocio marítimo globalizado, han venido pesando desde hace algún tiempo para cambiar los principios que regulan la conducta del capitán y demás dependientes a bordo o en tierra del transportador marítimo, ya que, con certeza técnica de la seguridad en el mar y la equidad, definitivamente llevan a considerar que este privilegio de los transportadores marítimos ya no se justifica.

Por otra parte, los actuales sistemas de hacer la negociación del transporte y el carguío de las naves por computación, a través del desarrollo de documentos electrónicos únicos (international data interchange), se ha producido una disminución en el preponderante rol del clásico conocimiento de embarque. En la práctica, se viene produciendo su sustitución por guías comunicacionales a través de internet u otros sistemas electrónicos que llegan simultáneamente a todos los interesados, dejando atrás al clásico B/L y su legislación, que no alcanza ni materialmente a estas nuevas creaciones de la modernidad.

Por ello es que hablamos de la encrucijada en que se encuentra la responsabilidad del transportador marítimo en la hora presente, porque las innovaciones o modernizaciones exigen realmente cambios radicales.

13. No está de más recordar las diversas jurisprudencias de tribunales norteamericanos y europeos que, debiendo resolver sobre casos en que aparecía la culpa de algunos de los mencionados en el artículo 4 letra a) número 2 de La Haya-Visby, y para eludir su aplicación a la controversia concreta inventaron pretextos casi exagerados. Así por ejemplo, se ha resuelto que si entre los oficiales o pilotos de la nave, alguno de ellos había sido sancionado por las autoridades locales, por ineficiencia técnica o descuido en sus deberes, ello importaba que el respectivo armador incurría en una falta personal de diligencia, al llevarlo como miembro de su equipo a bordo. Lo mismo se desprende de aquellos fallos en que, no obstante haberse presentado la nave al puerto de embarque en buenas condiciones de navegabilidad, pero luego del zarpe, por ejemplo, se descompuso el radar y no se tomó la precaución de reparar ese desperfecto en algún puerto intermedio, la nave desde allí quedaba en infracción de la norma del artículo 3º N° 1º letra a) de las Reglas, esto es, en infracción de la obligación de *“poner al buque antes y al principio del viaje en estado de navegabilidad”*, o bien que esas conductas estaban violando el número 2º del mismo artículo 3º, en cuanto al transporte, custodia y cuidado de las mercancías transportadas.

Estas jurisprudencias y otras similares han sido reflejo de la resistencia de los jueces a mantener libremente esta protección tan clásica del transportador marítimo, pero que en definitiva pesa a la equidad del fallador.

14. Una mirada comparativa a los sistemas como se maneja la responsabilidad del transportador en las convenciones sobre responsabilidad civil del transportador aéreo, o la responsabilidad civil por mercancías conducidas por ferrocarril en la Europa Continental, o la responsabilidad civil de los transportadores interestatales en camiones de carga terrestre, y sus modificaciones, muestran un cuadro de responsabilidades prima facie objetiva, pero en ciertos casos añadiendo circunstancias liberatorias y limitativas de responsabilidad.

15. En el campo del transporte marítimo, el cambio de la regla de responsabilidad básica que introdujeron las Reglas de Hamburgo de marzo de 1978 (pero que entraron en vigencia como tratado internacional en febrero de 1992), son un vuelco hacia el sistema de responsabilidad presunta sobre el transportador respecto de las cargas mientras están bajo su custodia. Y en dichas Reglas se contemplan causales de excepción, cuya justificación o prueba, recae sobre el transportador.

Recordemos que la responsabilidad civil por daños en los derrames de hidrocarburos en el mar o en las costas, nos conduce también al sistema de responsabilidad objetiva y solidaria entre el dueño, armador u operador de la nave que causa el derrame ya sea por la contaminación marítima misma o por los daños que se produzcan a instalaciones terrestres, y nadie reclama de esto.

16. Premisas. Como se apreciará todo este contingente de argumentos o circunstancias concomitantes al negocio del transporte marítimo, han creado un ambiente propicio para cortar definitivamente con la exoneración del transportador por faltas náuticas o en la administración de la nave.

Reconocemos que esta afirmación resulta cáustica y quiebra, como indicamos más arriba, con una especie de costumbre marítima derivada de las Reglas de La Haya, pero si se quiere unificar la responsabilidad que rige en los diversos

modos de transporte que integran el recorrido de un contenedor “puerta a puerta” ha llegado el tiempo de despedirse de la falta náutica.

No vamos a aludir aquí, como reflexión de lo recientemente expresado, a los argumentos de los defensores de La Haya, en el sentido de que ya hay una inteligencia de las responsabilidades civiles avalado en una numerosa jurisprudencia y que recomienda no cambiar lo que todos conocen por las Reglas de La Haya, y que no hay que innovar, para no aventurarse en confusas y disímiles opiniones jurisprudenciales a futuro. Este es un argumento como decir que no hay que salir a la calle cuando llueve porque se puede mojar, pero hay que salir.

Señalemos también que esta supresión de la responsabilidad por faltas náuticas ha sido muy debatida en el seno de las muchas reuniones de estudio que ha efectuado UNCITRAL sobre su Proyecto, y si bien en sus primeros borradores, suponía como regla estándar la misma de La Haya - Visby, presentándose sólo como “una alternativa, la supresión de aquella no responsabilidad”, en sus últimas versiones, la técnica de la redacción ha terminado siendo al revés, es decir, el Proyecto propone esa supresión, pero deja como una “alternativa ente comillas, la antigua disposición de La Haya”. Destaquemos entonces, que ya el texto oficial del Proyecto UNCITRAL/CMI trae la supresión de la falta náutica.

17. Una mirada a las últimas legislaciones marítimas nacionales, permite apreciar que en ellas se contemplan sistemas de responsabilidad objetiva o al menos de culpa presunta del transportador. Algunos sectores del universo traen también la supresión de la falta náutica como regla general, es decir, contemplan una responsabilidad presunta sobre el que tiene la custodia de las cargas, pero se le permite probar al transportador que ni él ni ninguno de sus dependientes incurrió en alguna falta personal o culpa que hubiere contribuido al acontecimiento dañoso. Y esto le autoriza a liberarse en todo o en parte, si la culpa concurre con otros hechos fortuitos o extraños, y obtener un prorrateo entre lo inocente y lo culpable.

18. Algunos remedios para atenuar el costo que pueda derivarse de la supresión de la falta náutica como causa de responsabilidad para transportadores y/o armadores.

Ya hemos hecho alusión a los sistemas escandinavos. Vale repetir algunas de sus formulaciones. Su esquema general, como ya está dicho, tiene similitudes con el de las Reglas de Hamburgo, principalmente en el espacio de la responsabilidad (contrato de resultado) y la fuente de la responsabilidad, es decir, el transportador responde por su falta de cuidado en la custodia de las cargas, pero llevando el sistema a una protección de los intereses de la carga de una manera razonable.

Específicamente, se mantienen las causales de exoneración descritas en las Reglas de La Haya. Sin embargo, como ya se indicó, la exoneración y la justificación de inocencia deben ser siempre probadas por el transportador, debiendo demostrarse cuál fue la real causa del perjuicio.

Por lo que toca al proyecto de enmienda formulado por el Senado de Estados Unidos, proyecto del año 1999, éste innovaría respecto de la antigua COGSA 1936, manteniendo el “error en la navegación o en la administración” como defensa, como está establecido en las Reglas de Hamburgo, pero el reclamante

puede probar que hubo negligencia en la navegación o administración de la nave, con lo que la exención desaparece. Es decir, se establece una inversión del peso de la prueba.

Es un hecho que flota en el ambiente, el reconocer que el tratamiento de la falta náutica, si no debe desaparecer, habrá de tener un contexto de aplicación que dé ventajas de prueba al destinatario reclamante.

19. Haciendo una mirada general sobre la controversia respecto de la responsabilidad en el transporte por mar, me parece oportuno citar las reflexiones que formula el profesor Hannu Honka en su obra *New Carriage of Goods by Sea, The nordic approach*: “Como se ha descrito, las reglas sobre derecho sustantivo establecidas en Hamburgo, se diferencian en algunos aspectos de las normas sustantivas contenidas en las Reglas de La Haya y Haya-Visby. La eliminación de la inmunidad por errores en la navegación y en la administración, y la reducción en el campo de la defensa por incendio bajo las Reglas de Hamburgo, son ejemplos de lo anterior. Estos cambios están destinados a afectar el resultado de un indeterminable número de casos muy sensibles en los hechos. Así como las Reglas de Hamburgo adoptan expresamente la regla de la falta presumida, puede aparecer una variante de la ‘usual regla de La Haya’, en la cual el embarcador tiene el peso de probar que el transportador es responsable por el daño a sus cargas. En la inteligencia de esta diferencia de textos entre Hamburgo y La Haya, uno no debería perder de vista los hechos, que en muchos aspectos el derecho bajo los dos sistemas de reglas resulta idéntico o al menos muy similar. Debe también reconocerse que en muchas situaciones de hecho, aunque existan diferencias, la variedad entre los dos ‘sets’ de reglas, va a resultar irrelevante para el desarrollo del caso. / La asignación del peso de la prueba y la presunción en casos de daños a la carga, puede, bajo ciertas circunstancias, ser determinante del resultado del caso. Esto es especialmente cierto cuando la evidencia de cómo ocurrió el daño, no está claro o cuando la evidencia está en un conflicto sin salida. En esos casos, cualquiera asignación del peso de la prueba entre La Haya y Hamburgo, podría tomar gran importancia. / Esta afirmación sin embargo, debería quedar solo en perspectiva. Cuando la evidencia señala la causa del daño con cierta claridad, las presunciones pueden ser irrelevantes desde un punto de vista práctico y el peso de la prueba no sería particularmente esencial para el éxito del caso. / En esos casos, un tribunal solo necesita establecer en cuál de las partes, embarcador o transportador, la ley ha establecido no el peso de probar, sino el riesgo de la pérdida. En esta última situación, las diferencias sustantivas entre Hamburgo y La Haya, sujeta a la calificación señalada en el párrafo precedente, podrían ser más importantes para el éxito del caso, que la asignación del peso de la prueba y de disponibilidad de una presunción”. / En la evaluación de la aparente diferencia entre los dos sets de reglas en términos de cuándo un set de reglas favorece al transportador o al embarcador, uno debe tener cuidado de las generalizaciones. El hecho que La Haya, en contraste con Hamburgo, generalmente pueda decirse que pone el peso de probar el derecho a recuperar daños por daños a carga para el embarcador, no significa que así sea siempre. Cuando los daños a la carga se atribuyen a innavegabilidad, por ejemplo, la regla según La Haya, es al contrario y el transportador tiene el peso de probar al menos su

debida diligencia. / Las generalizaciones también deben ser morigeradas por la práctica. Aun cuando el peso formal de la prueba, bajo La Haya, se asigna al embarcador, la carga impuesta por esa asignación puede ser ilusoria. Un embarcador puede tener un prima facie caso, demostrando que entregó al transportador la carga en buenas condiciones, y la recibe dañada. Así, un embarcador puede ganar con la evidencia que demuestra que el transportador emitió un conocimiento de embarque limpio y entregó una carga dañada. / Cuando el embarcador ha conseguido este prima facie caso, el transportador no puede quedarse sentado y no hacer nada. El transportador debe probar que las mercancías no estaban en buenas condiciones cuando él las recibió o que la causa del daño fue alguna por la cual la ley establece la inmunidad del transportador. La asignación del peso de probar y seguir adelante para el transportador, tiene el efecto de obligar al transportador a introducir evidencia de que el daño a la carga no fue por su culpa. En estos casos el problema de la prueba resulta sin importancia que sea o no La Haya o Hamburgo lo que se aplique”.

Y aludiendo al argumento que la supresión de la falta náutica habría de traer aumento en el costo de los seguros y consecuentemente en el monto de los fletes, el profesor Sturley ha señalado: “Puede ser que el argumento del seguro “insurance argument” tendrá claridad. El asunto no se puede aceptar sin una información empírica mejor de la que actualmente se dispone. Si aquellos que quieren fundarse en el argumento del seguro pudieran producir una mejor evidencia para sostener sus puntos de vista, nosotros estaríamos en condiciones de evaluar sus argumentos a la luz de las evidencias. / En la ausencia de una mejor evidencia empírica, sin embargo puede ser tiempo para abandonar el argumento del seguro y para moverse hacia otras aproximaciones para evaluar los cambios propuestos en el régimen de responsabilidad”.

Sobre el mismo tema, el autor R. Glenn Bauer, examinando una variedad de casos y comparando el resultado de éstos bajo las reglas de La Haya con el probable resultado bajo Hamburgo, ha concluido: “A partir del 1º de noviembre de 1992 con las Reglas de Hamburgo en vigencia, las Cortes marítimas de todo el mundo llegarán a familiarizarse con los problemas que envuelva la interpretación de estas reglas. Como este artículo ha señalado, muchos casos serán resueltos de una manera diferente bajo las Reglas de Hamburgo a diferencia de cómo habría sido bajo las Reglas de La Haya - Visby. Sin embargo, bajo un examen de las diferencias de régimen a la luz de los actuales casos, indica que muchos de los casos serían probablemente decididos exactamente en el mismo sentido. El cambio principal por supuesto, está en los casos que resultan de la negligencia de los oficiales o tripulación de la nave. Parece correcto decir, sin embargo, que los argumentos expresados en orden a que Hamburgo habrá de resultar en un imponderable exceso de responsabilidad para los armadores, o que resultará en un impredecible enredo para las Cortes, no aparece cuando uno analiza los aspectos en un caso sobre las bases de cada caso.”

“Por último, las diferencias entre las reglas pueden aparecer como siendo solo mínimas. Pero antes que ese punto se alcance, si en los hechos se alcanza, tiene que llegar a ser considerable el número de litigios para dar a las nuevas reglas su significación definitiva. Esta litigación será costosa.”

Sin embargo, el argumento del aumento de los costos solo puede ser usado contra la innovación. Como dice C.C. Nicoll: "Para argumentar contra las Reglas de Hamburgo, como argumento principal que ellas producirán un período de incertidumbre y confusión, es con respecto a los que anticipan este argumento, un poco aquello de rehusar de poner al día el software de su computador, porque exige ocupar tiempo para leer el nuevo programa y admitir los muchos beneficios de la innovación".

Las citas precedentes sirven para ilustrar lo controvertido del tema y para destacar que la oposición a la supresión de la falta náutica, que se propone a futuro, no es tan grave en sus consecuencias en los hechos de cada caso, y para ponderar que los argumentos relativos al incremento del costo del seguro o las confusiones iniciales de interpretación pueden ser peligrosas. Hay que observar, como lo dice el último comentario transcrito, que la objeción viene de aquellos que no quieren cambiar el programa de su computador para resolver en el "The Maritime Law Cases". Y estos argumentos no son valederos ni en el plano académico ni en el tecnológico.

20. Sin perjuicio de las opiniones referidas en los párrafos anteriores, hay que recordar la existencia del derecho a la limitación de responsabilidad máxima por bulto, que es una materia que siempre está vigente y que, con una cierta flexibilidad de ajuste según los valores generales de los bienes en transporte, implica una morigeración al temor de catástrofe financiera por el hundimiento culpable del buque.

Lo mismo vale para la limitación de responsabilidad por la constitución de un fondo. Cuestión que aparece regulada a nivel internacional por la Convención del año 1976 y sus posteriores enmiendas.

Tanto para la limitación de responsabilidad por cargas singulares (o sea por peso o por bulto), como para la limitación de responsabilidad por constitución de un fondo, deben implementarse las legislaciones para presentar una clara inteligencia que el transportador, el operador, el fletante o fletador y el armador o dueño, pueden hacer uso electivo de los sistemas de limitación, aunque los hechos que causaron el daño hubieran derivado de culpa o imprudencia de los dependientes o culpa levisima del propio armador. Usando para la excepción la terminología de que no se podrá usar de la liberación "cuando se pruebe que el perjuicio fue ocasionado por una acción u omisión de aquellos realizada con intención de causar daño o perjuicio o temerariamente y en circunstancias que pueda presumirse que tuvieron conocimiento de que probablemente se originaría el perjuicio" (Artículo 8 de las Reglas de Hamburgo). Es decir, por faltas inexcusables.

En cuanto al alcance que esto pueda tener en las coberturas de seguros por los mayores riesgos que implique la supresión de la exención por falta náutica, recordemos que lo mismo se dijo sobre las Reglas de Hamburgo. Se predijo que éstas traerían de inmediato un aumento de las primas de los seguros de P&I.

En esto hay que ser objetivos. Los Clubes de P&I supusieron a la postre que tal vez una mayor responsabilidad para el transportador podría derivar en una mayor preocupación de estos últimos por custodiar las cargas. Como quiera que sea, en definitiva, si bien se inventaron cláusulas para diferenciar coberturas por cargamentos desde o hacia países sometidos al régimen de Hamburgo, ello no

significó ningún aumento en las primas de sus seguros de responsabilidad. Algunos, mediante cláusulas especiales agregaron a los conocimientos de embarque una prohibición para que el transportador y el dueño de las cargas estipularan libremente la adopción de las Reglas de Hamburgo cuando éstas no resultaban imperativas. Pero más allá de ello no ha existido ningún trastorno, salvo un discreto aumento de los deducibles.

Desde otro punto de vista, hay sectores armatoriales que expresan que sus oficiales y tripulantes han sido profesionalmente preparados y tienen confianza en que ellos no incurrirán en faltas náuticas, siendo entonces un riesgo que solo perjudicará a los armadores con pabellones de conveniencia, que reclutan tripulaciones a muy bajos costos y de muy baja cultura en los extramuros del universo. Así la exigencia se convierte en una ventaja competitiva más que un costo de manejo del personal.

21. Observando desde afuera este plano de las responsabilidades para el dueño de una nave o el transportador, hay que destacar que toda la gama de responsabilidades por derrames de hidrocarburos que implican millones y millones de Euros o Dólares, ha sido una cobertura de riesgos que automáticamente concedieron los Clubes de P&I cuando el Universo puso su alarma respecto de las responsabilidades por tales eventos. El celo por evitar la contaminación, hoy por hoy, se aplica a toda nave, sea o no portadora de cargas contaminantes (cualquier nave lleva para su consumo mil o más toneladas de fuel oil).

Por último, se ha dicho que el reconocer la responsabilidad por la conducta de los dependientes en la nave, será un golpe muy grave para el sistema de las Averías Gruesas o Comunes. En verdad, de algún tiempo a esta parte, los aseguradores de cargamento han puesto inconvenientes para contribuir llanamente al pago de la contribución que por sus cargas aseguradas podía corresponderles en una Avería Gruesa o Común. El tema tiene que ver con la Regla D de las Reglas de York y Amberes, que permite a los que han contribuido al pago de una Avería a repetir en contra de los culpables. Bajo un sistema como el de las Reglas de La Haya, en que el transportador no responde por las culpas de sus dependientes, los aseguradores de las cargas no podrían alegar la culpa del dependiente para negarse al pago de su contribución. En cambio si el sistema no contiene exoneración por faltas náuticas, entonces queda abierta la puerta para que el asegurador de la carga oponga compensaciones y se resista al pago de su contribución a la Avería Común.

Aquella regla D establece que: "*Aunque haya falta de alguna de las partes, siempre hay derecho a la contribución, pero (y esta es la fuente de la controversia), sin perjuicio de las acciones o defensas que puedan iniciarse en contra de o por dicha parte*". La inteligencia de esto para los abogados de los aseguradores de la carga, es que este texto les permite oponer compensación o defensas al cobro de la cuota de contribución perjudicando así la recuperación para el armador de los costos mediante el cobro de las cuotas de contribución de las cargas.

Esta es una argumentación que se esgrime por quienes propugnan la mantención de la falta náutica.

Aunque sea un poco de digresión, me permito señalar que la nueva legislación chilena en el artículo 1.103 del Código de Comercio, ha resguardado la sobrevivencia de la Avería Común para los casos de culpa del capitán, etcétera,

en los siguientes términos: “*Habrá lugar a la liquidación de la Avería Común aunque el suceso que hubiere originado el daño o gasto se haya debido a culpa de una de las partes interesadas en la expedición marítima, sin perjuicio de las acciones o defensas que se pudieren ejecutar en su contra*”.

En el sistema chileno, primero se liquida la Avería Común y se deben pagar las cuotas de contribución, y después pueden ejercitarse acciones de repetición en contra de los culpables. Así pues, no es totalmente cierto que al disponer en el contrato de transporte que el transportador responda por las faltas náuticas, ello implica de suyo, que no se puedan cobrar las contribuciones a una Avería Gruesa. Y esto es tanto o más relevante, si se supone que en la práctica, las Averías Gruesas generalmente derivan de alguna falta náutica.

22. Entonces, resumiendo las apreciaciones que hemos desarrollado precedentemente pueden expresarse las siguientes conclusiones:

i) En los tiempos modernos nada justifica la mantención de la exoneración por faltas náuticas y el adecuado equilibrio en el soporte de los riesgos en el transporte lleva a poner sobre el transportador los riesgos del cuidado de las cosas que estén a su cargo y que transporte hasta su destino. Esto significa para el transportador una obligación de resultado, y que implica de una manera global, una presunción de responsabilidad por los daños o la no entrega de las cargas.

ii) Las implicancias para los seguros no justifica el quiebre de los principios y esfuerzos por armonizar los sistemas de responsabilidad para el transporte multimodal. O en contenedores, puerta a puerta.

iii) En todo proyecto de transporte multimodal debe establecerse que quienes hacen el trabajo del transportador deben llevar la misma responsabilidad del titular, sin quebrar los principios de unidad contractual, sea respecto de los movilizadores en tierra o en el mar. Esto lleva a una unidad conceptual de la responsabilidad para todos los modos de transporte que se empleen.

Hay que cuidarse que en la desmembración o segmentación de la responsabilidad del transportador, pueda ocurrir que el transportador titular, dueño o armador de la nave, quede fuera de la órbita de la ejecución del contrato, perdiéndose así la gran garantía que ha existido en todos los tiempos y que es el derecho de persecución de la nave o privilegio sobre la nave para responder por los perjuicios en los cargamentos.

iv) Por último, no pueden desconocerse las medidas de seguridad técnica y operacional que deben cumplir los transportadores, conforme a las decisiones adoptadas tanto por Solas de OMI, como las del sistema legislativo de Estados Unidos de Norteamérica.

La Organización Marítima Internacional, rama de las Naciones Unidas preocupada por los reiterados grandes siniestros marítimos, luego de concienzudos estudios, concluyó que había ligereza en el personal de las naves para cumplir sus deberes técnicos, y resolvió establecer una especie de código de medidas y crear una relación más directa entre la administración superior técnica de las empresas navieras y los dependientes en las naves. De esto resultó la implementación del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Solas 74) y la enmienda sobre el mismo tema, del año 1998 en su Capítulo IX.

Las citadas regulaciones de OMI, entre otras, obligan a los navieros o trans-

portadores a incluir en su personal de operación y tráfico de naves a un funcionario, como Superintendente de Operación, que debe tener la autoridad de la Máxima Dirección de la empresa, encargado de supervigilar la seguridad de las naves para evitar accidentes y hacer cumplir cabalmente con la custodia y feliz transporte de los cargamentos. Este Código pone sobre los transportadores, mediante el referido funcionario, la obligación de mantener durante todo el transporte, el máximo estado de navegabilidad de la nave.

Por su parte, las nuevas normativas de los Estados Unidos de Norteamérica, que han sido consecuencia y han derivado de los atentados del 11 de septiembre de 2001, son de dos rubros: Una referida a la garantía de calidad de cualquier tipo de alimentos que se lleva a puerto de dicho país a granel o en contenedores (Bioterrorism Act). El transportador, desde el puerto de embarque en el extranjero, debe certificar al servicio de DEA y Aduana de USA que el contenido está garantizado por el transportador en su especie y calidad; y la otra se refiere a la garantía que debe entregar sobre los contenedores que hayan de descargarse en sus puertos, y de la legitimidad del contenido y del buen estado de dichos equipos de transporte. (Container Security Initiative).

En las importaciones de alimentos o materias primas, se exige que la Declaración del Transportador aparezca certificada por la Aduana del puerto de origen, y todo ello dentro de plazos perentorios.

La infracción por el transportador causa el rechazo de la descarga respectiva en Estados Unidos, país que según estadísticas, consume el 70% del transporte marítimo del Pacífico y Atlántico.

v) Cuál es la reflexión de estas reglamentaciones singulares:

La reflexión que provoca aludir a estas recientes normativas de efectos internacionales, es que al transportador, quiéralo o no, se le ha puesto en la obligación de máxima vigilancia del buen estado de navegabilidad de sus naves, y por efecto correlativo, no tener excusa por la falta náutica o en la administración de aquéllas. Es además la muerte de las frases clásicas que “dice contener” o “ignoro peso y contenido” o *“peso y calidad declarada por el embarcador pero no comprobada por el transportador”*.

Para los analistas de las normativas de Solas IX, el incumplimiento por un armador o transportador de esas instrucciones de IMO, implica para el infractor incurrir en “una falta inexcusable”, que le priva de toda exoneración o limitación de responsabilidad. Concepto este que corta abruptamente todo debate (Isabel Corbière – Le Droit Maritime Français). Y peor aún, con las reglas de Estados Unidos de Norteamérica para los envíos a esa Nación, que ponen sobre el transportador la obligación de verificar y certificar el contenido de cualquier elemento de transporte en que se lleven alimentos o materias para fabricarlos.

En el plano de la Ciencia del Derecho, la problemática se sitúa en la distribución de los riesgos de custodia de los bienes en transporte, ¿deben estos ser compartidos entre el propietario de esos bienes y los transportistas que tienen su custodia? ¿Deben ponerse toques a la responsabilidad, que morigeren un cambio?

Esta es la encrucijada a la que nos hemos referido, tanto más si se necesitan normas comunes para un comercio globalizado.