

Contratos de Transporte Marítimo de Mercancías: del *Harter Act* norteamericano de 1893 a las Reglas de Rotterdam de 2008 y los tratados de libre comercio de Colombia con los Estados Unidos de América y la Unión Europea

Contracts of Carriage of Goods by Sea: from the US Harter Act 1893 to the Rotterdam Rules 2008 and the Colombia – USA/EU trade agreements

Fernando Augusto Jiménez Valderrama*
Universidad de la Sabana (Colombia)

* Profesor y jefe del Área de Derecho Privado y de la Empresa de la Universidad de la Sabana (Colombia). Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia). Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca (España). Master en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Ha sido profesor en las Universidades San Pablo-CEU, Complutense y Carlos III de Madrid y Director del Instituto Europeo de Estudios Marítimos. Es miembro de la Asociación Española de Derecho Marítimo y del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España). Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación realizado en la Universidad de La Sabana titulado: "Transformaciones del ordenamiento jurídico colombiano a partir de la vigencia de los Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos y la Unión Europea: el transporte marítimo, la protección de la propiedad industrial, la contratación pública, la actividad financiera y aseguradora y los derechos laborales de los trabajadores". fernando.jimenez@unisabana.edu.co

REVISTA DE DERECHO

N.º 38, Barranquilla, 2012

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

La evolución de las instituciones jurídicas reguladoras de transporte marítimo de mercancías muestra un conflicto permanente entre los intereses del sector cargador y los intereses del sector naviero. El sistema establecido en la codificación continental y en el common law permitía acuerdos entre las partes como el establecimiento de cláusulas de “no responsabilidad” a favor de los navieros en el transporte marítimo. Esas cláusulas afectaban directamente los derechos de los cargadores a obtener una compensación por los daños y retrasos causados por las actividades de los navieros. Como reacción a este sistema, operadores de transporte propusieron una regla general basada en un mínimo de obligaciones que ambas partes debían respetar. Estos instrumentos están integrados a las Reglas de La Haya/Visby de 1924, las Reglas de Hamburgo de 1978 y recientemente en las Reglas de Rotterdam de 2008. Los tres instrumentos mencionados establecen un sistema imperativo para las partes en el contrato con exoneraciones y limitaciones de la responsabilidad del naviero. Los tratados de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos de América y la Unión Europea crearon dos zonas de libre comercio entre Colombia y las dos economías más importantes del planeta.

Palabras clave: Transporte marítimo, contratos de transporte marítimo, Reglas de La Haya/Visby de 1924, Reglas de Hamburgo de 1978, Reglas de Rotterdam de 2008, Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos de América, Tratado de Libre Comercio Colombia-Unión Europea.

Abstract

The evolution of the law of maritime transportation of goods has shown a permanent conflict between the interest of the cargo sector and the carrier sector. The system that has been established in the continental codification and in the common law, allowed agreements between parties such as the establishment of no responsibility clauses that favor the carrier sector. These clauses did not allow the cargo sector to recover from damages and delays caused by the carriers. In response, the operators proposed a general rule based on minimum requirements to both parties. This legal instrument was integrated to the Hague/Visby Rules 1924, The Hamburg Rules and recently to the Rotterdam Rules 2008. Together, all of these rules establish an imperative system to the parties that include exoneration and limitations to the carrier's liability. The Colombia - US/EU free trade agreements created two free zones with the two biggest markets in the world. Under these circumstances maritime activities became essential, and the current legal instruments recognize principles such as freedom of establishment, domestic treatment, and most favored nation, which will allow for free trade development in maritime services.

Keywords: Maritime Transportation Contracts, Carriage of Goods by Sea, The Hague / Visby 1924, The Hamburg Rules 1978, The Rotterdam Rules 2008, Trade Agreement Colombia - USA, Trade Agreement Colombia - UE.

Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2011

Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2012

INTRODUCCIÓN

El importante crecimiento de las flotas marítimas a nivel mundial, a partir del desarrollo del comercio internacional ocurrido a finales del siglo XIX y comienzos del XX, permitió la consolidación de una nueva modalidad de realización del transporte marítimo a través de las denominadas líneas regulares. El establecimiento de esta modalidad empresarial de transporte marítimo se tradujo en la práctica en la conformación de grandes compañías navieras que prestaban sus servicios profesionales en el mercado de transporte de mercancías a multitud de interesados en el transporte marítimo de la carga.

Contractualmente, las relaciones jurídicas se pactaron a través de formularios preestablecidos, respecto de los cuales no había otra posibilidad para la parte necesitada del servicio de transporte que adherirse a las condiciones establecidas por las navieras.

Igualmente, la estructura del contrato ya no podía entenderse sobre la base de la cesión de disponibilidad de una parte o todo el buque para el transporte de las mercancías, sino que, por el contrario, se centraban en la obligación de transportar las mercancías recibidas, sin que por ello podamos afirmar que desaparecieran del mapa jurídico otras figuras contractuales como los contratos de fletamento que se mantenían en el sector de la denominada *navegación tramp*.

La normativa que regulaba el transporte marítimo de mercancías en ese momento histórico tenía fundamentalmente como fuente las legislaciones nacionales en el ámbito continental europeo basado en las normativas codificadas y en el ámbito anglosajón en las instituciones del *common law*. En 1897 se creó el Comité Marítimo Internacional (CMI)¹,

¹El Comité Marítimo Internacional (CMI) celebró su sesión inaugural en Bruselas el 6 de junio de 1897. Constituye una asociación internacional privada integrada por armadores, abogados y delegaciones de diferentes países. Su objetivo es procurar la unificación internacional marítima, mediante la elaboración de proyectos de convenciones internacionales que son presentados para su discusión y firma en conferencias diplomáticas. Desde su creación, su labor ha sido muy importante en diferentes temas de derecho marítimo, hasta la aparición de otros organismos espe-

integrado por miembros pertenecientes a asociaciones nacionales de países con claros intereses armadores y navieros. Su labor se orientó a la protección de esos intereses con la finalidad de unificar el derecho marítimo a nivel internacional.

En medio de estas circunstancias, Estados Unidos promulga el *Harter Act* en 1893, que reivindica los intereses de los cargadores en materia de transporte marítimo. Esta reglamentación tuvo una especial trascendencia no solo por la importancia del volumen del mercado norteamericano a nivel mundial, sino también porque su ejemplo fue seguido por otras legislaciones nacionales y su contenido tenido en cuenta al momento de la elaboración de algunas convenciones internacionales².

1. EL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DE CIERTAS REGLAS EN MATERIA DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE DE 25 DE AGOSTO DE 1924 (CONVENIO DE BRUSELAS 1924)

El ambiente en el cual se elabora y firma el Convenio de Bruselas del 25 de agosto de 1924 es de permanente confrontación entre los intereses de aquellos que intervienen en el sector del transporte marítimo, representando el mismo convenio una transacción entre esos intereses.

Era evidente que las legislaciones nacionales entonces vigentes, principalmente integradas en las normas codificadas, regulaban un transporte sustancialmente diferente del momento en el que fueron creadas. Por ejemplo, en materia de responsabilidad del porteador, las regulaciones nacionales establecían en general una responsabilidad riguro-

cializados con finalidades similares (por ejemplo, UNCITRAL). En lo que se refiere al transporte marítimo de mercancías, fue la iniciativa del CMI la que impulsó la firma del Convenio de Bruselas del 25 de agosto de 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, normativa que mantiene una amplia vigencia a nivel internacional (cfr. Arroyo, 1995, p. 159).

² Concretamente podemos afirmar la influencia del *Harter Act* estadounidense en las posteriores legislaciones nacionales de las colonias británicas, las reglas de La Haya originales de 1921 y finalmente en la Convención de Bruselas de 1924 sobre unificación en materia de conocimientos de embarque (cfr. Lopuski, 1987, p. 220).

sa para el naviero, por la cual, ante el eventual incumplimiento, solo le quedaba a este la posibilidad de exonerarse de responsabilidad en virtud de caso fortuito. Por otro lado, en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada se permitía libremente a las partes pactar cualquier tipo de cláusulas modificadoras de esa responsabilidad. Como resultado de este sistema, con frecuencia se integraron a los contratos cláusulas que llegaban incluso a exonerar totalmente al deudor de cualquier tipo de responsabilidad.

En el mismo terreno contractual, la inserción de otro tipo de cláusulas como “que dice contener”, “de peso y cantidad desconocida” significaba una pérdida de valor del conocimiento de embarque en el cual se hallaban incorporadas. En virtud de estas cláusulas, el porteador eludía su responsabilidad por la exactitud de las mercancías transportadas, afectando de manera importante no solo la situación del acreedor de dicha obligación (cargador o destinatario) sino también la de otros interesados en la operación marítima (tenedores legítimos de conocimientos de embarque, aseguradores, acreedores prendarios, etc.).

Todas estas circunstancias, así como la necesidad de unificación de las reglas existentes, hicieron necesaria la celebración de una conferencia diplomática internacional para establecer nuevas reglas en materia de transporte marítimo de mercancías. Fruto de esa conferencia diplomática, auspiciada por el Comité Marítimo Internacional, es el Convenio de Bruselas de 1924.

El antecedente mediato del Convenio de Bruselas era el *Harter Act* norteamericano, cuyas ideas generales ya hemos mencionado y que de manera general eran favorables a la parte cargadora³. A diferencia de las reglamentaciones hasta entonces vigentes, el *Harter Act* instauraba un régimen de responsabilidad imperativo que las partes en el contrato estaban obligadas a respetar y respecto de las cuales no podían

³ El promotor de la iniciativa legislativa en el Congreso de Estados Unidos fue Michael D. Harter, quien tenía un interés directo en este tema por cuanto se dedicaba a la exportación de mercancías.

pactar en contra. El Convenio de Bruselas, a través de su antecedente inmediato (las Reglas de La Haya de 1921), recogerá este mismo planteamiento en materia de responsabilidad.

El Convenio pretende solucionar necesidades particulares en el sector del transporte marítimo: en primer lugar, la imperativa conciliación de intereses de quienes intervienen en la realización del transporte marítimo (entre ellos los sectores cargadores, porteadores y aseguradores); en segundo lugar, la necesidad armonizar y unificar legislaciones; en tercer lugar, establecer mecanismos de respaldo y fortalecimiento del conocimiento de embarque como documento de circulación y representativo de mercancías ciertas y determinadas y, en último lugar, la necesidad de establecer reglas únicas en materia de responsabilidad del porteador que solucionaran las situaciones inequitativas que se daba en el sistema entonces vigente.

La estructura y el lenguaje utilizado en el Convenio pretenden ser accesibles y claros a quienes intervienen en la actividad marítima⁴. La

⁴ Recordemos la influencia que en la redacción y estructura del Convenio de Bruselas tuvo el derecho inglés, protector de los intereses de los transportistas británicos. El derecho inglés ha optado por darle a este tema un tratamiento conceptualmente diferente al derecho continental. A pesar de las diferencias que podamos encontrar, el planteamiento general dado por el derecho británico coincide en esencia con la consideración del transporte como eje dentro del cual se articulan los contratos de fletamento (*affreightment*). El planteamiento británico, quizás más práctico aunque menos elaborado conceptualmente, hace girar los contratos de transporte marítimo de mercancías en torno a la figura del fletamento, que puede nacer bien sea de un compromiso del naviero para transportar mercancías por mar o bien un compromiso para proveer un buque para realizar dicho transporte. Tradicionalmente se admite que el transporte marítimo de mercancías puede asumir una de dos formas de acuerdo con la documentación contractual que se utilice al momento de su celebración. De esta manera podemos hablar de póliza de fletamento (*charterparty*) o bien de conocimientos de embarque (*bills of lading*). Mediante el contrato contenido en un *charterparty*, el naviero se obliga a ofrecer la capacidad de su buque para un viaje particular o para un específico periodo de tiempo, considerándose, en uno u otro caso, *voyage - charterparty* o *time - charterparty* respectivamente. Cada tipo de contrato cumple una distinta finalidad, mientras el documentado en *bills of lading* es utilizado para el transporte de mercancías en servicio de línea regular, ofreciendo el naviero este servicio de transporte con indiferencia de la mercancía y la persona del cargador, en el formalizado a través de un *charterparty*, el fletador toma un buque del fletante y lo utiliza para el transporte de mercancías en la realización de un determinado viaje o bien por un específico periodo de tiempo. A través del *charterparty*, tanto las empresas armadoras con déficit temporal en disponibilidad de buques como las empresas comerciales a gran escala (por ejemplo, petroleras), necesitadas de transportar sus productos, pero no interesadas en asumir directamente la realización de la travesía marítima, pueden acceder a buques de empresas

manera general en la que se han presentado las diferentes normas parece estar orientada a facilitar su inclusión en los conocimientos de embarque.

En cuanto a su contenido podemos hacer varios comentarios:

- No realiza un tratamiento completo del contrato de transporte, sino que se refiere exclusivamente a la posición de la parte deudora de la obligación de transporte, es decir, al porteador.
- Respecto a la solución que ha ofrecido a los temas de responsabilidad del porteador, en el Convenio se percibe la búsqueda de un consenso necesario para todas las partes interesadas.
- Si bien establece un sistema único consagrado en el propio convenio constitutivo de mínimos, respecto del cual las partes no pueden pactar en contra (art. 3, 8º), por otro lado ofrece múltiples causas de exoneración de responsabilidad en favor del porteador. Solución coincidente con las tendencias vigentes en ese momento histórico a pesar de no ser totalmente equitativa.

Atreviéndonos a realizar una valoración global del Convenio, podríamos afirmar que su importancia radica, antes que en la configuración de nuevas formas contractuales, en la unificación a nivel internacional de reglas ya existentes, a fin de aproximar las diferentes legislaciones nacionales respecto a un sector económico esencialmente internacional, estableciendo un sistema más claro, seguro y equitativo para las partes implicadas, características que han supuesto su vigencia y prevalencia como norma reguladora del transporte marítimo bajo conocimiento de embarque en el momento actual.

fletantes para satisfacer sus necesidades temporales. Por el contrario, las empresas de menores dimensiones, cuyo único interés radica es trasladar sus mercancías de un sitio a otro, sin importar el buque a través del cual se realice en la medida que cumpla con las condiciones adecuadas y de seguridad, optan por la celebración de un contrato de transporte documentado en conocimiento de embarque. (cfr. Wilson, 1993, pp. 3 y ss.; Gaskell, Debattista & Swatton, 1992, pp. 165 y ss.; Colinvau, 1982; Lennox & Mocatta, 1984, p. 1 y ss.).

2. LOS PROTOCOLOS MODIFICATORIOS DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1924. LAS REGLAS DE HAMBURGO DE 1978

En el período que sigue a la Segunda Guerra Mundial surgen nuevos hechos, tanto políticos como económicos, que producirán un movimiento hacia la reforma del derecho regulador del transporte marítimo, principalmente avalado por organizaciones internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales que representan intereses diversos en el ámbito del transporte marítimo.⁵

Los principales hechos que han determinado esta nueva situación son los siguientes :

1. El sector marítimo se convierte en un renglón esencial en la política de los Estados. Las flotas nacionales no solo tienen una importancia comercial sino estratégica desde el punto de vista de defensa para los Estados.
2. El incremento de la dinámica económica a nivel mundial produce una internacionalización de las economías de todos los países. Se produce un aumento en los intercambios comerciales que utilizan la vía marítima como medio de transporte.
3. La utilización del “container” en el transporte de mercancías termina generalizándose por sus ventajas frente a los sistemas tradicionales (cfr. Pulgar Ezquerro, 2003, pp. 37 a 73). Surge así el transporte multimodal, que modifica los esquemas tradicionales de contratación: los cargadores contratan con un operador de

⁵En opinión de Jan Lopuski (1987, p. 221), la presión que han ejercido los países en vías de desarrollo a través de organismos internacionales tales como la Organización Marítima Internacional (OMI), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL - CNUDCI) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (CNUCED.) ha sido muy importante en el movimiento de reforma que se ha desarrollado. Otros autores consideran esta intervención pernicioso. La idea de que la actual reglamentación marítima hace parte de un orden económico internacional necesariamente contrario a sus intereses y, por tanto, debe, a todas luces, ser reformada, es exagerada y en muchos casos ha justificado verdaderas “mutilaciones” al derecho marítimo (cfr. por todos, Poirier D’ange D’orsay , 1975, p. 233).

transporte multimodal, el cual se obliga a trasladar las mercancías de un lugar a otro utilizando distintos medios de transporte, en ocasiones subcontratando con otras empresas la parte del traslado que no puede realizar.⁶

4. El desarrollo de la tecnología naval permite la aparición de nuevos buques de mayor embergadura y calado que ofrecen una mayor seguridad y regularidad en el transporte de mercancías.⁷

Tanto la aparición de nuevos hechos que transforman la realidad económica mundial como la presión que empiezan a desarrollar los países tradicionalmente cargadores, que intervienen activamente en organismos internacionales que promueven la unificación de las reglas que rigen el transporte marítimo (ver el caso de UNCITRAL), propició la creciente necesidad de actualizar y modificar el sistema establecido por el Convenio de Bruselas de 1924.

En este movimiento de reforma debemos incluir el protocolo de 23 de febrero de 1968 y el de 21 de diciembre de 1979, ambos firmados en Bruselas, que modifican el Convenio de Bruselas de 1924. Si bien ambos protocolos modificatorios no cambiaron esencialmente la estructura del Convenio, que se mantiene intacta, sí constituyeron una actualización necesaria, especialmente en el cálculo de los valores indemnizatorios reconocidos en caso de responsabilidad del porteador marítimo.

Por el contrario, en lo que se refiere al Convenio de Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, firmado en Hamburgo, el 31 de marzo de 1978, sí podemos afirmar un cambio en las reglas jurí-

⁶ La generalización del uso del *container* en el transporte repercutió de diversas maneras. Así, desde el punto de vista jurídico podemos destacar que se empezó a otorgar un solo documento de transporte multimodal en reemplazo de varios documentos correspondientes a cada uno de los medios utilizados. Estos nuevos documentos fueron aceptados, por ejemplo, por los operadores económicos implicados, con el mismo valor de los conocimientos de embarque tradicionales (cfr. Ramberg, 1980, p. 122).

⁷ El cada vez mayor calado de los buques significó un cambio en las rutas de navegación (muchas empresas que utilizaban la ruta a través del canal del Suez ahora deben hacerlo rodeando el África) (cfr. Coto Millán, 1988, p. 189; Girón Tena, 1959, p. XXIII).

dicas imperantes en el Convenio de Bruselas, al menos en el campo de la responsabilidad del porteador⁸.

Tanto en materia de las obligaciones que surgen por virtud del contrato como en lo relativo al fundamento de la responsabilidad del porteador, las Reglas de Hamburgo no establecen un marco general diferente al del Convenio de Bruselas. Ambos textos descansan en la consideración de una responsabilidad basada en la culpa (art. 5.1 de las Reglas de Hamburgo)⁹.

Sin embargo, en materia de distribución de riesgos entre cargador y porteador se realizaron algunas modificaciones importantes: con las Reglas de Hamburgo desaparece la lista de casos exceptuados y es remplazada por el principio que impone la responsabilidad al porteador por pérdidas y averías de las mercancías, a menos que establezca que él mismo, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias (cfr. Rodière y Du Pontavice, 1991, p. 313; Remond-Gouilloud, 1988, p. 338). Por otro lado, en las Reglas de Hamburgo de 1978

⁸ El conflicto de intereses que se esconde detrás las conferencias diplomáticas que dan origen a ambas convenciones enfrentan a países transportistas y a países cargadores. La firma del Convenio de Bruselas de 1924 bajo los auspicios del Comité Marítimo Internacional representa el mantenimiento del *stato quo*, en materia de distribución de riesgos, favorable a los intereses de los transportistas; por el contrario, las Reglas de Hamburgo de 1978, firmadas bajo los auspicios de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL - CNUDCI), constituyen una reivindicación de los países cargadores (en su gran mayoría países en vía de desarrollo) para crear condiciones de transporte más equitativas para sus intereses.

⁹ El sistema de responsabilidad de las Reglas de Hamburgo se asienta sobre los siguientes pilares: 1) El porteador es responsable de los perjuicios resultantes de la pérdida, daño o retraso en la entrega, a menos que pruebe que él, sus empleados o sus agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podrían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias; 2) Si el porteador es responsable, su responsabilidad se limita a una cantidad por bulto o unidad (no se pueden acoger a esta limitación si se prueba que la pérdida, daño o retraso provino del dolo del porteador); 3) Se establece como sanción la nulidad de cualquier estipulación contraria a los principios establecidos en las Reglas (cfr. Viguera Rubio, 1982, p. 246). La consagración de la responsabilidad por culpa conlleva dentro del sistema de las Reglas a una presunción *iuris tantum* de culpabilidad del porteador marítimo por los daños o pérdidas sufridos por las mercancías o el retraso, es decir, probatoriamente implica una inversión de la carga de la prueba, ya que el porteador debe verificar esas medidas razonables para ser exonerado (cfr. Emparanza, 1993, p. 151). Las Reglas de Hamburgo establecen la norma general que supone la presunción de culpabilidad para el porteador, a no ser este pruebe haber actuado con diligencia debida (cfr. Matilla Alegre, 1988, p. 151).

desaparece la falta náutica, una de las causales de exoneración de responsabilidad consagrada en el Convenio de Bruselas de 1924, cuyo mantenimiento era ampliamente criticado en la práctica internacional.

En términos generales, podemos afirmar que las Reglas de Hamburgo consagran un sistema en sí mismo más justo que el establecido en las Reglas de La Haya-Visby. Jurídicamente, consagran una normativa más perfeccionada, basada en conceptos, alrededor de los cuales se levanta todo el andamiaje contractual, a diferencia del sistema anterior, elaborado en un esquema casuístico, herencia de la fuerte influencia que en su redacción tuvo el derecho anglosajón. Este hecho facilitaría la inserción de Hamburgo a los derechos nacionales, especialmente a los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la rama continental europea.

Las ventajas que ofrece este nuevo convenio contrasta significativamente con la aceptación que ha tenido a nivel mundial. Habiendo sido las Reglas de Hamburgo firmadas en 1978, solo entraron vigencia el 1 de noviembre de 1992, al haberse realizado la vigésima ratificación. Situación que se agrava si tenemos en cuenta que los países que han ratificado las Reglas no pueden considerarse representativos del comercio marítimo mundial¹⁰. La promulgación por la misma UNCITRAL de las Reglas de Rotterdam (Convenio de Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo de 2008) hace aun más incierta la suerte de las Reglas de Hamburgo debido a que el esfuerzo de ratificación por parte de los miembros de la comunidad internacional se orientará seguramente a dotar de vigencia la nueva normativa, reemplazando las hasta ahora existentes.

¹⁰ Estos países son: Albania, Austria, Barbados, Botswana, Burquina Faso, Burundi, Camerún, Chile, Egipto, Gambia, Georgia, Guinea, Hungría, Jordania, Kazjstán, Kenya, Lesotho, Líbano, Liberia, Malawi, Marruecos, Nigeria, Paraguay, República Árabe Siria, República Checa, República Dominicana, República Unida de Tanzania, Rumanía, San Vicente y las Granadinas, Senegal, Sierra Leona, Túnez, Uganda y Zambia. Ver: www.uncitral.org.

3. EL PAPEL DE LA NORMATIVA CODIFICADA: EL CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA DE 1971 Y EL CÓDIGO DE COMERCIO ESPAÑOL DE 1885

El movimiento codificador se enmarca, como antes lo habíamos anticipado, en un momento de tránsito entre el sistema económico capitalista propugnado por el ideario revolucionario liberal y la aparición de nuevas actividades económicas capitalistas que más adelante configurarán lo que se ha llamado el capitalismo industrial y financiero.

La codificación constituye un paso importante a través del cual el sector comercial y empresarial, con importantes raíces e influencia política, utiliza la nueva norma codificada para implantar un nuevo derecho, acorde con su ideario y sus intereses, que permita, a su vez, el desarrollo de una economía basada en la actividad de mercado¹¹.

¹¹ Por ello, los códigos no los podemos entender como meras recopilaciones de una legislación vigente, como sucedía con las ordenanzas reales del período absolutista, sino que realmente constituían instrumentos revolucionarios en cuanto incorporaban una nueva concepción de la sociedad y de la actividad económica que en ella se realizaba. En Francia, cuna del movimiento codificador, la elaboración de estos instrumentos jurídicos encierran una doble consideración a primera vista contradictoria. En primer lugar, son fruto de la ideología de derecho natural y racionalista presente en el pensamiento de sus elaboradores, por la cual se consideraba que debían consagrar aquellas instituciones que eran esenciales a la misma naturaleza humana, immanentes a la convivencia social (cfr. Girón Tena, 1986, pp. 46 y ss.; Menéndez, 1986, p. 61). Principios fundamentales como la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la libertad de contratación y de disposición bienes o la especial relevancia a la institución del contrato como instrumento jurídico de circulación de bienes, pretendían romper con la jerarquía social vigente en la Edad Media y liberar los bienes concentrados durante siglos, para impulsar el desarrollo de las nuevas actividades económicas (cfr. Girón Tena, 1986, pp. 120 y ss.). Por otro lado, si bien el código como instrumento jurídico constituyó un mecanismo adecuado para consolidar los logros revolucionarios de la Francia napoleónica, no supo ser consecuente con el proceso de transición económica que se estaba efectuando al momento de su elaboración, ni mucho menos prever en su articulado los futuros cambios que se iban a producir. Las propias ideas que justificaban su elaboración en ese momento histórico, entre de las cuales estaba su consideración como instrumentos receptores de principios esenciales e immanentes a la convivencia social y, por lo tanto, ajenos a las vicisitudes de los tiempos, impedían que constituyesen una vía adecuada para el desarrollo armonioso del sistema capitalista que se estaba gestando. En España, por razones políticas y económicas particulares, la codificación se efectuó con cierto retraso en relación con otros países del ámbito europeo (Cfr. Girón Tena, 1986, p. 54). Al igual que en Francia, el Código de Comercio de 1829 y el posterior de 1885 incorporan las ideas liberales propias del movimiento liberal burgués, aunque pasa por alto las nuevas realidades en el campo de los hechos que se están produciendo y que darán origen a una nueva estructura del sistema capitalista (cfr. Muñoz Planas, 1986, pp. 395 y ss.).

Fruto del proceso codificador son los códigos latinoamericanos, entre ellos nuestras normas mercantiles codificadas. El Código de Comercio de Colombia regula el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías en su libro quinto, “De la navegación marítima”. De acuerdo con este libro, el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías tiene las siguientes modalidades que coexisten con las figuras propiamente fletamentarias y de arrendamiento de naves:

- Contrato de transporte marítimo de carga total
- Contrato de transporte marítimo de carga parcial
- Contrato de transporte marítimo de cosa singular
- El contrato de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque

En materia de regulación de los contratos de explotación del buque, la normativa establecida en el Código de Comercio colombiano integra el núcleo regulatorio del transporte marítimo en cuanto Colombia no ha ratificado ninguna convención internacional sobre la materia.

A diferencia del esquema colombiano, la regulación establecida en el Código de Comercio español ha sido complementada por la incorporación a ese ordenamiento jurídico del Convenio de Bruselas de 1924 (versión de La Haya-Visby) y la promulgación de la Ley de Transporte Marítimo de Mercancías de 1949, que integra los postulados de este Convenio¹².

¹² Cuando hablamos de las Reglas de La Haya-Visby, nos referimos al Convenio de Bruselas de 1924, modificado por el protocolo de 23 de febrero de 1968 (Reglas de Visby) y de 21 de diciembre de 1979. Como sabemos, el Convenio de Bruselas de 1924, norma internacional reguladora del transporte marítimo de mercancías en materia de conocimiento de embarque, fue ratificado por España el 2 de junio de 1930 (Gaceta núm. 212 de 31 de julio de 1930). El mismo Convenio establece en el texto del protocolo de la firma el procedimiento de incorporación en la legislación nacional: “Las Altas Partes contratantes podrán dar efecto a este Convenio, ya dándole fuerza de ley, ya introduciendo en su legislación nacional las reglas adoptadas por el Convenio, en forma apropiada a esta legislación”. A este respecto, el Gobierno español no solamente ratificó el Convenio sino que lo incorporó a su legislación interna mediante una ley (Ley de Transporte Marítimo de Mercancías de 1949). Posteriormente, los protocolos modificativos del Convenio de Bruselas, de 1968 y 1979, fueron también ratificados por España (BOE de 11 de febrero de 1984), aunque

En el caso español, el primer punto a examinar es la coordinación con las demás normas del ordenamiento jurídico, entre ellas las pertenecientes a los convenios internacionales vigentes sobre la materia. En un nivel general, podemos derivar la existencia de un doble régimen, que de ninguna manera es excluyente, aunque sí complementario. El primer lugar lo ocuparía la legislación con carácter especial, es decir, la Ley de Transporte Marítimo de Mercancías de 1949, con un ámbito de aplicación muy específico, establecido en su artículo 1¹³.

A diferencia de la legislación colombiana, en la cual las relaciones jurídicas objeto de su regulación las podemos considerar subsidiarias a la voluntad de las partes (como sucede con el Código de Comercio español), la Ley española de transporte marítimo de mercancías establece un sistema con carácter imperativo.

De acuerdo con lo antes mencionado, podríamos afirmar que la normativa codificada tanto en Colombia como en España cuando regula el contrato de transporte marítimo de mercancías presenta las siguientes características:

– Consagra un derecho subsidiario a la voluntad de las partes en el contrato

El proceso de codificación se realizó en un momento histórico en el cual estaba en plena vigencia el principio de libertad de contratación como

no incorporados a través de una ley. A pesar de la no promulgación de una ley que reprodujera dichos protocolos, estos se pueden considerar vigentes vía artículo 96, 1 de la Constitución española. De esta forma podemos concluir que la normativa actualmente vigente en España en materia de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque está constituida por la Ley de Transporte Marítimo de Mercancías de 1949, que incorpora el Convenio de Bruselas, modificada parcialmente por los protocolos modificatorios de dicho Convenio de fechas 1968 y 1979 (cfr. Sánchez Calero, 1995, p. 557; Broseta Pont, 1994, p. 835).

¹³ Art. 1: “La presente ley tiene por objeto regular las relaciones entre los elementos interesados en el transporte de mercancías por mar, y se aplicará solamente al contrato de transporte internacional, formalizado en las condiciones que expresa el artículo siguiente, a las mercancías que en él se mencionan, y por el tiempo transcurrido desde la carga de las mercancías hasta su descarga, realizadas estas operaciones por los medios propios del barco, entendiéndose que cuando se empleen medios ajenos al mismo el contrato empezará a regir cuando la mercancía se encuentra a bordo del buque”.

base fundamental de todo el ordenamiento jurídico privado¹⁴. En virtud de este principio, las partes estaban autorizadas legalmente para establecer las condiciones que estimaran oportunas en la regulación de sus relaciones económicas, manteniendo el ordenamiento jurídico un papel subsidiario a la autonomía de la voluntad privada. Los límites que imponía el ordenamiento jurídico (ley, moral y orden público) otorgaban una gran amplitud al desarrollo de la libertad de contratación, acorde con las necesidades económicas de ese momento en el cual las instituciones capitalistas se consolidaban en la estructura económica.

A pesar de que este principio continúa siendo pilar fundamental del ordenamiento jurídico privado, la situación actual mantiene cierto grado de contraste con la inicial en cuanto el desarrollo del sistema económico ha exigido el establecimiento de límites a la iniciativa privada a fin de prevenir posibles consecuencias nocivas que un régimen de liberalismo extremo acarrearía para el conjunto social.

En lo referente al derecho marítimo, esta tendencia hacia la limitación del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada se puede claramente observar si se contrasta el conjunto del ordenamiento establecido por la norma codificada (ampliamente permisiva en cuanto al reconocimiento de los pactos celebrados por las partes) frente a regulaciones posteriores, como sería el caso de las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo de 1978 y las Reglas de Rotterdam de 2008, que consagran un régimen imperativo que debe en todo caso ser respetado por las partes en la celebración de pactos privados.

¹⁴ El texto del Decreto de 20 de septiembre de 1869, mediante el cual se crea una nueva Comisión para la revisión del Código de Comercio español de 1829 y se establecen las bases sobre las cuales debe trabajar dicha Comisión, afirma en la Base Primera: "La reforma del Código de Comercio debe comprender: primero, la abolición de toda traba que impida o embarace la facultad que la Constitución concede a los españoles de contratar libremente, de ejercer toda clase de cargos, y de asociarse para los varios fines humanos no contrarios a la moral y al derecho...". A continuación, en la Base Segunda se establece que "El Código no podrá imponer, por lo tanto, para la legitimidad de los contratos, reglas y formas determinadas y exclusivas, y deberá por el contrario reconocer que tienen fuerza de obligar las que fijen y adopten libérrimamente las partes contratantes en uso de su derecho...". (Tomado de la Colección Legislativa de España, segundo semestre de 1869, t. 102, pp. 548 y 549).

Paralelamente a los códigos colombiano y español, a nivel de derecho comparado se presenta un contraste similar entre las normas que tradicionalmente venían regulando el transporte marítimo de mercancías y las nuevas regulaciones normalmente contenidas en leyes especiales que consagran un derecho imperativo que generalmente proviene de convenciones internacionales. De esta forma, mientras en el *common law* se reconocen ampliamente los convenios realizados por las partes, la ley británica de transporte marítimo (*Carriage of Goods by Sea Act* de 1924, modificada por la *Merchant Shipping Act* de 1924) consagra el régimen imperativo de la Convención de Bruselas de 1924 (cfr. Chorley y otros, 1992, p. 169; Colinvaux, 1982, pp. 294 y ss.; Mocatta y otros, 1984, pp. 1 y ss.). Igualmente, en el derecho francés se presenta la misma evolución entre el Código de Comercio, la Ley francesa de 2 de abril de 1936 y la hoy vigente Ley 66-420 de 18 de junio de 1966.

– El naviero mantiene una posición privilegiada en la celebración, ejecución y eventual responsabilidad por incumplimiento frente a la parte cargadora

La regulación establecida en la normativa codificada mantiene instituciones creadas por los usos mercantiles provenientes de una larga evolución de las instituciones jurídicas prevalentes en el ámbito mediterráneo y atlántico; entre ellas, a modo de ejemplo, podemos mencionar las Ordenanzas de Bilbao de 1737, el Libro del Consulado del Mar y las Ordenanzas de Barcelona de 1258.

Todas estas regulaciones habían sido creadas en un período histórico en el cual la actividad comercial marítima exigía de un ingente capital que por razón de las técnicas de navegación y la inseguridad reinante se sometía a un gran riesgo en su realización. Por ello, la única forma de equilibrar una situación claramente desfavorable para el naviero era establecer un régimen especial que le dotara de una posición ciertamente privilegiada que no le podía ser dada por el derecho común. El Código de Comercio de Napoleón de 1807 y los españoles de 1829 y 1885 son receptores de toda esta tradición que por otro lado se mantiene hasta comienzos del siglo XIX. Debido a ello encontramos en estas normas codificadas y las que les sucedieron de forma mediata e

inmediata (como es el caso del Código de Comercio colombiano de 1971), que su articulado desarrolla un régimen especial otorgando un tratamiento favorable al naviero por razón de las circunstancias adversas en las que desempeña su actividad (es ejemplo claro de este tratamiento el reconocimiento del beneficio de limitación de responsabilidad por la vía del abandono del buque y flete reconocido en el artículo 587 del C. de Co. español y en el artículo 1737 y siguientes del C. de Co. colombiano).

4. EL CONTEXTO ACTUAL DEL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS: LAS REGLAS DE ROTTERDAM DE 2008 Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DE COLOMBIA CON ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA

La aparición de la industria manufacturera dedicada a la producción de bienes terminados en grandes cantidades destinados a comercializarse en un mercado de dimensiones nacionales fue un paso importante en el desarrollo del capitalismo moderno. Esta etapa, que podríamos denominar capitalismo industrial, exige el diseño e implementación de nuevas instituciones jurídicas que sirvan de soporte y complemento para el desarrollo de la nueva estructura económica capitalista (cfr. Girón Tena, 1986, p. 24).

Hoy en día, este proceso de industrialización de la economía, que ha tenido lugar principalmente en países desarrollados, ha continuado ampliando su envergadura con una perspectiva mundial. Asistimos así a un escalón más dentro de la evolución del capitalismo, como sistema económico mundial, en el cual se han rebasado las fronteras nacionales configurándose *un mercado a escala mundial*. Sin embargo, este proceso de evolución hacia una globalización de la economía no ha tenido el mismo desarrollo en todos los países occidentales (véase el caso español, cfr. Girón Tena, 1986, p. 54). El paso hacia un capitalismo industrial y financiero se verificó realmente en los países que hoy llamamos “desarrollados”, mientras que las economías de los países llamados en “vías de desarrollo” desempeñan una función distinta en la estructura económica mundial. Podemos, de esta manera, hablar de un fraccionamiento de la economía mundial, en la cual existen, de un

lado, los países industrializados, exportadores de productos fabricados utilizando alta tecnología y, del otro, los países en vías de desarrollo, principalmente productores de materias primas y consumidores de productos terminados (cfr. Du Pontavice, 1976, p. 265).

El esquema económico antes descrito presenta algunas características que son de algún interés en el tema que tratamos. En primer lugar, la existencia de un mercado global *supone en la actualidad la necesaria inserción de todas las economías nacionales en la actividad comercial mundial*, a tal punto que podemos hablar de una forzosa *interdependencia de la economías nacionales*; en segundo lugar, la concepción de una economía a nivel global, hace necesaria la existencia de *empresas multinacionales*, que operan rebasando las fronteras nacionales y sin obedecer a un interés nacional concreto distinto a su propio interés económico¹⁵.

Como podemos ver, el panorama de la economía capitalista en la actualidad es completamente distinto a estadios anteriores de la historia de Occidente. Nos encontramos frente a un comercio a nivel mundial, que se caracteriza por un gran *dinamismo a nivel de comercialización de productos* que deben ser desplazados (tanto bienes terminados como materias primas necesarias para su producción). Es, por tanto, que dentro de este engranaje, el sector de transportes resulta de extraordinaria importancia y, al igual que el mercado en el cual se desenvuelve, ha adquirido rasgos de gran complejidad y perfeccionamiento. La aparición y amplia difusión del transporte utilizando el *container*, así como las nuevas formas de transporte multimodal y el denominado transporte puerta a puerta (*door to door*), evidencian el grado de especialización que el transporte de mercancías ha tenido en las últimas décadas, a fin de adecuarse a las nuevas necesidades que se plantean en la economía contemporánea.

¹⁵ En el mar, en lugar de una confrontación este - oeste, clásica o preponderante en materia terrestre, la oposición se da entre norte - sur (cfr. Du Pontavice, 1976, p. 261).

4.1. Incidencia de las circunstancias actuales en la conformación de las instituciones jurídicas reguladoras del transporte marítimo

La situación actual antes mencionada tiene una correspondencia directa en la conformación de las instituciones jurídicas encargadas de regular el transporte de mercancías por vía marítima.

La presencia de grandes empresarios productores de un gran número de mercancías que tienen en un consumidor anónimo su destinatario final inicia lo que podríamos llamar una *despersonalización de la relación de transporte*. Es decir, la relación cercana entre el artesano que elaboraba un determinado producto y su comprador final se disuelve en multitud de intermediarios (entre ellos los encargados del transporte), quienes son los que realmente actúan frente al consumidor. Existen multitud de mercancías que circulan con gran celeridad, y no es relevante la persona del vendedor o la del transportista, sino la garantía que se ofrece de la existencia y condiciones de una determinada mercancía. Estos hechos son los que exigen la presencia de instrumentos representativos que como el conocimiento de embarque y otros documentos utilizados en el comercio electrónico permiten la circulación ágil y segura de las mercancías que son objeto de transporte. Se crea una relación diferente de la que hasta el momento había sido la regulada por el contrato de fletamento.

La realización del transporte marítimo en la actualidad es llevada a cabo por empresas con gran capacidad económica y que actúan frecuentemente a nivel mundial. Frente a ellas se encuentran una gran cantidad de cargadores y destinatarios, en ocasiones los mismos consumidores de los productos que se transportan. La legislación mercantil establecida en los códigos de comercio, que se basaba en los principios de libertad de contratación, permitía que se pactasen condiciones claramente inequitativas para la parte más débil en la relación contractual. Por ello, dentro de la política general de intervención del Estado, el poder político estableció las vías jurídicas necesarias tendientes a implantar una situación más equitativa en la relación de transporte. Las convenciones internacionales en materia de transporte marítimo y las legislaciones nacionales son expresión de esa tendencia. En el caso

concreto de las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam, el carácter imperativo de la regulación se manifiesta en la obligatoriedad para las partes de observarla bajo pena de nulidad.

Sin embargo, en el ámbito concreto del transporte marítimo se observa la *permanencia de una gran conflictividad* al momento de pactar las reglas uniformes, especialmente por las repercusiones económicas que tienen para quienes actúan en el ámbito del transporte y políticas para los Estados interesados en mantener el control del sector transporte como esencial en sus economías. Muestra de ello es que se pacte solo sobre lo necesario, intentando evitar una regulación completa de la materia, como sucede con las Reglas de La Haya-Visby, en las que solo se reglamentan los temas de responsabilidad del porteador por incumplimiento del contrato.

Finalmente, la situación económica que enmarca el transporte marítimo actual también ha tenido una influencia en la *configuración de los actuales contratos de realización del transporte marítimo*. Junto al fletamento, regulado en el Código de Comercio español de 1885, han aparecido otras modalidades contractuales creadas por iniciativa de quienes actúan en la realización de transporte de mercancías, a través de formularios contractuales uniformes (como es el caso de las diversas modalidades de fletamento que se realizan en la práctica, entre ellas el *voyage charter, time charter, bareboat charter, time charter by demise*). En el momento actual, por la naturaleza de los objetos transportados, se ha producido *una ruptura en la unidad de la institución del fletamento marítimo*. La situación del transporte de grandes cantidades de mercancías, muchas veces de distinta naturaleza, provenientes de distintos productores y destinadas a multitud de destinatarios finales, se diferencia de aquella otra situación en la cual existe un solo naviero que transporta grandes cantidades del producto de un mismo cargador o de un número reducido de ellos. Ambas situaciones son diferentes desde el momento mismo de la celebración del contrato: mientras en el primer caso puede hablarse de un desequilibrio en la posición negociadora, en el segundo normalmente existe una similar capacidad económica que permite alcanzar a través del proceso de negociación una cierta

equidad contractual. Es por ello que la legislación marítima, en sus fuentes nacionales e internacionales, ha actuado en el primero de estos casos creando instituciones contractuales especiales que se apartan de la figura tradicional del fletamento.

4.2. El convenio de naciones unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo – Reglas de Rotterdam de 2008

En el marco internacional antes mencionado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL - CNUDCI) promovió la firma de un nuevo acuerdo internacional en materia de transporte marítimo de mercancías que, luego de su aprobación, se convirtió en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, conocido como las Reglas de Rotterdam de 2008¹⁶.

De alguna manera, la promulgación de esta nueva normativa expresa el fracaso de las iniciativas anteriores de la misma UNCITRAL, que en su momento había auspiciado la firma de las Reglas de Hamburgo de 1978, cuyo texto finalmente no había llegado a ser firmado por los países con mayor interés en el transporte marítimo de mercancías a nivel mundial.

En este sentido, seguramente el interés de la UNCITRAL se orientó a brindar a la comunidad internacional un nuevo texto que convocase en una normativa uniforme los distintos intereses en el sector marítimo y que a la vez fuera moderna y consecuente con la situación actual del transporte marítimo internacional.

¹⁶ En materia de Reglas de Rotterdam puede verse, entre otros: Arroyo (2010, pp. 25 a 43); Berlingieri (2009, pp. 867 a 883; 2009, pp. 317 a 321); Delebecque (2008, pp. 787 a 790; 2009, pp. 335 a 340); Gorriz López (2009, pp. 25 a 79); Kozubovskaya-Pelle (2010, pp. 175 a 182).

La nueva normativa establecida por las Reglas de Rotterdam se centra en el contrato antes que en el documento que lo formaliza como criterio de aplicación, a diferencia del criterio utilizado en convenios anteriores, que fijaba su aplicación objetiva en la presencia de documentos como los conocimientos de embarque.

De esta manera, las Reglas de Rotterdam resultan aplicables a todos los *contratos de transporte*¹⁷, estén o no documentados en conocimientos de embarque, en los cuales la recepción de la mercancía o la entrega de esta y el puerto de carga o de descarga se encuentren en Estados diferentes, en la medida que al menos uno de ellos sea parte del Convenio que da vigencia a las Reglas.

Una concepción amplia de aplicación del convenio permite igualmente regular los contratos de transporte pactados bajo la modalidad de transporte combinado y también de transporte multimodal, exigiendo solamente que “al menos un trayecto” se haga por vía marítima. Igualmente se regula una nueva modalidad contractual denominada “contrato de volumen” como contrato de transporte marítimo en cual se prevé el transporte de una cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante un periodo de tiempo convenido.

El convenio es enfático al excluir de la aplicación del mismo los contratos de fletamento u “otros” de utilización del buque o de cualquier espacio a bordo, así como los pactados en “línea no regular”; en este último caso sin excluir aquellos que no siendo fletamentos se hubiesen formalizado en un documento de transporte o documento electrónico.

En este punto Rotterdam actualiza la materia al incluir bajo su regulación supuestos específicos de documentos de transportes negociables y no negociables que pueden documentarse a través de documentos

¹⁷ Artículo 1. DEFINICIONES. A los efectos del presente Convenio: 1. Por “contrato de transporte” se entenderá todo contrato en virtud del cual un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever el transporte marítimo de las mercancías y podrá prever, además, su transporte por otros modos.

electrónicos. Así podemos igualmente entender la incorporación del concepto de “parte ejecutante”¹⁸ como vinculada contractualmente y responsable del transporte aun si no ha firmado directamente el contrato con la parte cargadora.

Como podemos ver, el texto del convenio intenta ponerse a tono con la realidad y necesidades del transporte marítimo actual, siendo este punto claramente positivo, aunque la complejidad y extensión de su texto genera dificultades para su interpretación y aplicación.

En materia de responsabilidad, el porteador marítimo es responsable si la pérdida, daño o retraso se presentó durante el periodo de responsabilidad establecido en el artículo 12¹⁹. Sin embargo, el porteador marítimo, siguiendo la línea de La Haya -Visby, puede exonerarse de responsabilidad alegando la ocurrencia de uno de los eventos exoneratorios establecidos en el Convenio²⁰.

¹⁸ Artículo 1.5 a): “*Por parte ejecutante se entenderá la persona, distinta del porteador, que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador previstas en un contrato de transporte respecto de la recepción, la carga, la manipulación, la estiba, el transporte, el cuidado, la descarga o la entrega de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control*”.

¹⁹ Artículo 12. PERÍODO DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR. 1. El período de responsabilidad del porteador por las mercancías establecido en el presente Convenio comienza en el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte y termina en el momento de su entrega. 2. a) Si la ley o los reglamentos aplicables en el lugar de la recepción exigen que las mercancías sean entregadas a una autoridad o a un tercero de quien el porteador pueda recogerlas, el período de responsabilidad del porteador comenzará cuando el porteador las recoja de dicha autoridad o tercero, b) Si la ley o los reglamentos aplicables en el lugar de la entrega exigen que el porteador entregue las mercancías a una autoridad o a un tercero de quien el destinatario pueda recogerlas, el período de responsabilidad del porteador terminará cuando las entregue a dicha autoridad o tercero. 3. Para la determinación del período de responsabilidad, las partes podrán estipular el momento y el lugar de la recepción y la entrega, pero será nula toda cláusula del contrato de transporte en la medida en que disponga que: a) El momento de la recepción de las mercancías es posterior al inicio de la operación inicial de carga con arreglo al contrato de transporte; o b) El momento de la entrega de las mercancías es anterior a la finalización de la operación final de descarga con arreglo al contrato de transporte.

²⁰ Artículo 17. 3. El porteador quedará asimismo total o parcialmente exonerado de la responsabilidad establecida en el párrafo 1 del presente artículo si, en vez de probar que está exento de culpa en los términos previstos en el párrafo 2 del presente artículo, prueba que uno o más de los siguientes hechos o circunstancias causó o contribuyó a causar la pérdida, el daño o el retraso: a) Fuerza mayor; b) Riesgos, peligros y accidentes del mar o de otras aguas navegables; c) Guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos; d) Restricciones por

Si interpretamos la normas anteriormente mencionadas con los artículos 11, 13 y 14, que establecen las obligaciones del porteador y que asignan criterios de “diligencia y cuidado debidos” y “debida diligencia”, podemos afirmar que el Convenio, en lo que se refiere al porteador, establece un sistema de responsabilidad culposa, en lo que doctrinalmente se ha denominado “culpa presunta”.

En este punto, el Convenio trata de manera generosa la posición de los intereses del sector naviero, quizás con una finalidad de atraer su respaldo para su firma por parte de los países con particulares intereses navieros y evitar lo ocurrido a las Reglas de Hamburgo de 1978.

4.3. El acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT) y los tratados de libre comercio de Colombia con Estados Unidos y la Unión Europea

El proceso de globalización de la economía exige que las economías nacionales, en relación de interdependencia, realicen una *apertura* hacia el exterior, con la finalidad de facilitar el intercambio de productos a nivel internacional. Este proceso necesitará la implementación de *instrumentos jurídicos uniformes* que permitan aprovechar al máximo la comercialización y el transporte de mercancías a nivel mundial.

cuarentena; injerencia o impedimentos imputables a autoridades públicas o gubernamentales, a dirigentes o a pueblos, incluida toda medida de detención, embargo o incautación no imputable al porteador ni a ninguna de las personas mencionadas en el artículo 18; e) Huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción intencional del ritmo laboral; f) Incendio a bordo del buque; g) Vicios ocultos que no puedan descubrirse obrando con la debida diligencia; h) Acto u omisión del cargador, del cargador documentario, de la parte controladora o de cualquier otra persona por cuyos actos sea responsable el cargador o el cargador documentario conforme a los artículos 33 o 34; i) Carga, manipulación, estiba o descarga de las mercancías efectuada con arreglo a un pacto concluido conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 13, salvo que el porteador o una parte ejecutante sea quien ejecute dicha tarea en nombre del cargador, del cargador documentario o del destinatario; j) Pérdida de volumen o de peso, o cualquier otra pérdida o daño que sea imputable a la naturaleza o a un defecto, cualidad o vicio propio de las mercancías; k) Insuficiencia o deficiencias del embalaje o del marcado de las mercancías, siempre y cuando no hayan sido efectuados por el porteador o en su nombre; l) Salvamento o tentativa de salvamento de vidas en el mar; m) Medidas razonables para salvar o intentar salvar bienes en el mar; n) Medidas razonables para evitar o tratar de evitar daños al medio ambiente; u o) Actos del porteador en el ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 15 y 16.

Una manifestación clara de esta tendencia la podemos encontrar en la creciente integración económica que pretende derribar las barreras y los obstáculos en un determinado entorno geográfico a fin de permitir el intercambio fluido de mercancías y de esta forma potenciar al máximo el desarrollo económico. Igualmente, son manifestaciones de esta tendencia, ya no a nivel regional sino mundial, la firma y puesta en vigencia de los acuerdos sobre liberalización del comercio mundial alcanzados en el marco del GATT. Dentro del conjunto de estos acuerdos (los últimos suscritos principalmente en la Ronda Uruguay), de gran trascendencia para la estructura del comercio mundial, podemos destacar dos aspectos: el primero hace referencia a la creación de un organismo internacional (Organización Mundial de Comercio)²¹, que, entre otras funciones, tiene las de servir de marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros (artículo II), facilitar la aplicación, administración y funcionamiento de los acuerdos (artículo III, 1), y constituir un foro para las negociaciones entre sus miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales (artículo III, 2). El segundo aspecto se refiere a la firma del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS), dentro del cual, y por falta de consenso, no se concluyeron sectores como las telecomunicaciones básicas, los servicios financieros, el movimiento de personas y el transporte marítimo, que se han dejado para ser pactados en negociaciones posteriores²².

Igualmente, en el marco de la integración económica regional y bilateral debemos destacar la realización y firma de acuerdos económicos como los suscritos por Colombia con Estados Unidos y la Unión Europea. El primero de ellos ya ha sido firmado por ambos países, con lo cual su vigencia, aplicación e implantación es inminente; el texto del

²¹ Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito en Marraquech el 15 de abril de 1994.

²² Cfr. Avila, A. y otros (1994, p. 186); Ministerio de Comercio y Turismo (1994); Roca Aymar (1994); Ávila, G. (1994). Los resultados de la acción de la Organización Mundial del Comercio para lograr un consenso en medidas que impliquen una mayor apertura del comercio mundial se pueden constatar en los informes de esa organización, que pueden consultarse en su dirección electrónica: <http://www.wto.org/indexsp.htm>.

segundo está acordado a la espera de culminar el proceso de aprobación y ratificación por ambos países.

En virtud del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos de América (TLC Colombia - EE.UU.), ambos países establecen una zona de libre comercio (artículo 1.1.), obligándose a no incrementar los aranceles aduaneros existentes sobre mercancías originarias y a no adoptar unos nuevos (artículo 2.3), así como a otorgarse recíprocamente el trato nacional a sus mercancías de origen (artículo 2.2.).

La zona de libre comercio establecida entre ambos países permitirá la libre circulación de productos y servicios. Particularmente, en el ámbito de los servicios, el capítulo 11 regula el “comercio transfronterizo de servicios”, estableciendo el reconocimiento mutuo del principio del “trato nacional” y de “nación más favorecida” para ambas partes (artículos 11.2 y 11.3). Igualmente se establece que no se podrán adoptar medidas que afecten el comercio transfronterizo de servicios suministrados por proveedores de la otra parte (artículos 11.1 y 11.4).

Las normas relativas a la libre prestación de servicios entre ambos Estados se aplican a todos los sectores de la economía, salvo las excepciones establecidas en los anexos I y II (medidas disconformes), en las cuales ambas partes han establecido en qué sectores pueden mantener medidas o restricciones que afectan la libre prestación de servicios en la nueva zona de libre comercio²³.

²³ El Anexo II corresponde a las “medidas disconformes” por parte de Colombia y que en el ámbito marítimo se refieren a: número de concesiones, el número total de operaciones para los servicios de transporte, pasajeros y por carretera, ferrocarril, transporte de tuberías, auxiliares; propiedad de bienes inmuebles por parte de extranjeros en regiones limítrofes, costas nacionales o territorio insular de Colombia; medidas que otorguen un trato diferente a países bajo cualquier acuerdo bilateral o multilateral internacional suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del acuerdo en materia de pesca, aviación, asuntos marítimos, incluido el salvamento; medidas por razón de orden público de acuerdo con el artículo 100 de la Constitución Nacional, siempre que se notifique oportunamente por escrito. Igualmente, en este mismo anexo, Estados Unidos establece la no aplicación del Tratado en materia servicios transfronterizos en los siguientes ámbitos: 1. Medidas relativas al suministro de servicios de transporte marítimo y a la operación de buques con bandera de Estados Unidos, incluyendo: a) requisitos para la inversión

Por su parte, el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea (TLC Colombia - UE) establece igualmente una zona de libre comercio entre ambas economías de conformidad con el GATT 1994 (artículo XXIV) y el GATS.

En los términos de artículo 4 del TLC Colombia - UE, el acuerdo pretende la liberalización progresiva y gradual del comercio de mercancías y de servicios, la facilitación del comercio de mercancías mediante las disposiciones sobre aduanas, reglamentos técnicos y procesos de evaluación, el creciente flujo de inversiones y mejoramiento de las condiciones de establecimiento entre las partes y la protección adecuada de los derechos de propiedad intelectual.

A diferencia del tratado con Estados Unidos, el acordado con la Unión Europea establece expresamente una regulación especial de los derechos de establecimiento de empresas de ambas partes en la nueva zona

en propiedad y control de operaciones de naves y otras estructuras marítimas, incluyendo equipo de perforación, en servicios marítimos de cabotaje, incluyendo servicios de cabotaje marítimo para comercio y servicios domésticos llevados a cabo costa afuera en la costa, en aguas territoriales de Estados Unidos, en aguas sobre la plataforma continental y en vías acuáticas internas, b) requisitos para la inversión en propiedad y control de operación de embarcaciones de bandera de Estados Unidos en comercio exterior, c) requisitos para la inversión en propiedad y control de operaciones de embarcaciones que realicen actividades de pesca y relacionadas en aguas territoriales de Estados Unidos y en la Zona Económica Exclusiva, d) requisitos relacionados con la documentación de una nave bajo la bandera de Estados Unidos, e) programas de promoción, incluyendo beneficios fiscales, para armadores, operadores y naves que satisfacen ciertos requisitos, f) requisitos de certificación, licencia y ciudadanía para miembros de la tripulación de naves de bandera de Estados Unidos, g) requisitos para la tripulación de naves de bandera de Estados Unidos, h) todos los asuntos bajo jurisdicción de la Federal Maritime Commission, i) negociación e implementación de acuerdos bilaterales y otros acuerdos y convenios marítimos internacionales, j) limitaciones sobre trabajos de estiba llevados a cabo por los miembros de la tripulación, k) impuestos de carga y valoración monetaria de fletes por entrar en aguas de Estados Unidos, y l) requisitos de certificado, licencia y ciudadanía para prácticos que realicen servicios de practica en aguas territoriales de Estados Unidos. 2. Medidas incompatibles con las obligaciones de Estados Unidos de conformidad con el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (artículo XVI). 3. Medidas que otorguen un trato diferenciado a países de conformidad con cualquier acuerdo internacional, bilateral o multilateral en vigor o suscrito después de la entrada en vigor del Tratado en materia de aviación, pesca o asuntos marítimos, incluyendo el salvamento. En este mismo sentido, el Anexo I del Tratado establece como "medida disconforme" por parte de Estados Unidos lo relativo a servicios de transporte - agente de aduanas, en los cuales se exigen licencia de agente aduanal para aquellas personas que realicen trámites asuntos aduaneros en nombre de otra persona. Según la legislación existente, solamente los ciudadanos de Estados Unidos pueden obtener tal licencia.

de libre comercio. La libertad de establecimiento de las empresas se aplicará en todos los sectores económicos, excepto en la extracción, fabricación y producción de materiales nucleares, la producción o comercio de armas, municiones y material bélico, los servicios audiovisuales, el cabotaje marítimo nacional, las basuras tóxicas y el transporte aéreo internacional tanto regular como no regular.

El TLC Colombia - UE reconoce igualmente el principio de trato nacional en el derecho de establecimiento, en virtud del cual ambas partes aplicarán a las empresas de la otra parte un trato no menos favorable que el otorgue a sus propios establecimientos e inversionistas nacionales, salvo cuando se trate de compensar ventajas competitivas intrínsecas que resultan del carácter extranjero de los inversionistas.

Particularmente, en lo que se refiere a la libre prestación de servicios, este tratado también reconoce el libre acceso a los servicios y los proveedores de servicios de la otra parte (trato nacional), estableciendo una normativa particular en materia de transporte marítimo. En este sentido, cada parte, en virtud del artículo 160 del TLC Colombia - UE, aplicará el principio de acceso sin restricciones a los mercados y comercio marítimo internacionales sobre bases comerciales no discriminatorias, al igual que otorgará a la naves de bandera de la otra parte y a las naves operadas por proveedores de servicios de la otra un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propias naves en relación con servicios de puertos, uso de infraestructuras y servicios marítimo auxiliares, derechos y cargas, instalaciones de aduanas, asignación de atracaderos e instalaciones de carga y descarga.

En desarrollo de estos principios, tanto Colombia como la Unión Europea se comprometen a no introducir en acuerdos bilaterales futuros con terceros países cualquier sistema de reparto de carga o restricción encubierta o discriminatoria, así como poner fin a los acuerdos ahora existentes.

Con la finalidad de facilitar las operaciones de transporte marítimo, fundamentales para el adecuado desarrollo del libre comercio entre ambas partes, tanto Colombia como la Unión Europea deberán poner

a disposición de los buques de ambos países los servicios de prácticaje, asistencia en arrastre y remolque, aprovisionamiento, abastecimiento de combustible y agua, recolección de basuras y demás servicios portuarios (entre ellos los de capitania de puertos, asistencia de navegación, comunicaciones, muellaje).

Como es tradicional en este tipo de convenios internacionales, los principios de libre comercio, facilitación, promoción de intercambio de mercancías y de prestación de servicios tienen sus mecanismos de reservas establecidos por cada parte y especificados en los anexos VII y VIII del tratado.

CONCLUSIONES

1. La evolución más reciente de la normativa reguladora del Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías ha venido determinada por una permanente contradicción entre los intereses del sector naviero frente al sector cargador. En este sentido, la normativa ha evolucionado desde un criterio dispositivo y subsidiario que permitía a las partes involucradas pactar libremente los términos del contrato a un esquema imperativo en el cual la legislación establece unos principios mínimos que en todos los casos deben ser respetados por las partes.
2. La normativa codificada, dentro de ella la establecida en nuestro Código de Comercio, se basa en el principio de libertad de pactos entre las partes, permitiendo el establecimiento de acuerdos que llegaban incluso a exonerar de responsabilidad al naviero respecto a sus obligaciones frente a la parte cargadora.
3. Las diferencias de poder de negociación permitieron en el esquema de los códigos de comercio, el establecimiento de cláusulas claramente abusivas por parte del sector naviero, frente a las cuales reaccionaron los sectores cargadores, estableciendo sistemas como el regulado por el *Harter Act norteamericano de 1893*, basados en un criterio imperativo para las partes vinculadas por el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías.

4. El convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque de 25 de agosto de 1924 (Convenio de Bruselas de 1924) constituye un instrumento de transacción entre los intereses del sector naviero y los intereses del sector cargador para el establecimiento de un sistema de responsabilidad en el transporte marítimo de mercancías. Podemos decir que es un sistema más justo y equitativo que el vigente hasta ese momento, aunque mantiene generosos mecanismos de exoneración y limitación de responsabilidad a favor del naviero cuando se presentan daños a la mercancía o retraso en su entrega en destino.
5. Si bien el Convenio de Bruselas de 1924 fue un texto adecuado al momento de su promulgación, las circunstancias del transporte marítimo que se presentaron en décadas posteriores y las que se presentan en la actualidad exigen la necesidad de un cambio regulatorio. La Organización de Naciones Unidas, a través de la UNCITRAL, ha propiciado en el ámbito marítimo internacional este cambio auspiciando la elaboración de convenios internacionales como las Reglas de Hamburgo de 1978 y la Reglas de Rotterdam de 2008, con vocación de regir el transporte marítimo a nivel internacional.
6. A pesar de que las Reglas de Hamburgo de 1978 son un texto más acabado técnicamente y mejor configurado en términos de equilibrio de prestaciones para las partes, no llegaron a tener éxito en cuanto no han sido firmadas y ratificadas por los países con mayor presencia en el transporte marítimo mundial. En este sentido, la propia UNCITRAL, que en su momento auspició la firma de las Reglas de Hamburgo, propone actualmente la ratificación de las Reglas de Rotterdam de 2008, que mantienen un esquema basado en la culpa presunta, con mecanismos de exoneración y limitación de responsabilidad claramente favorables a la parte naviera; ello seguramente con la finalidad de atraer el interés de los sectores navieros para promover su ratificación y vigencia internacional.
7. Particularmente en el caso colombiano, es necesario mencionar la inminente vigencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Uni-

dos y la próxima ratificación del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea. A través de ambos textos normativos nuestro país contará con dos zonas de libre comercio con los principales bloques económicos a nivel mundial donde se podrá generar una importante circulación de bienes y de servicios. Parte esencial de este esquema de crecimiento de mercados será el sector del transporte marítimo de mercancías, el cual es reconocido en los textos de los tratados como servicio transfronterizo, que gozará, salvo la reservas mencionadas en cada uno de estos acuerdos, de los beneficios de libertad de establecimiento y los principios de trato nacional y de nación más favorecida, a fin de facilitar su desarrollo en el nuevo marco económico.

REFERENCIAS

- Arroyo, I. (1985). Organismos relacionados con el tráfico marítimo. En *Estudios de Derecho Marítimo*, Vol. I. Barcelona: Bosch.
- Arroyo, I. (2010). Las Reglas de Rotterdam ¿Para qué? En *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXVII.
- Avila, A. M. y otros (1994). *Regulación del Comercio Internacional tras la Ronda Uruguay*. Madrid: Tecnos.
- Ávila, G. (1994). El comercio de servicios. En *Información Comercial Española*, nº extraordinario: *La Ronda Uruguay del GATT*.
- Berlingieri, F. (2009, noviembre). Aspects multimodaux des Règles de Rotterdam. En *Droit Maritime Français*, 708.
- Berlingieri, F. (2009, abril). *Projet de convention internationale relative au contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer: analyse des dispositions qui renvoient à des règles nationales*. En *Le Droit Maritime Français*, 702.
- Broseta Pont, M. (1994). *Manual de Derecho Mercantil* (10ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Chorley, R. S. y otros (1992). *Shipping Law*. London: Pitman.
- Colinvaux, R. (1982). *Carver's Carriage by Sea*, Vol. I (13th ed.) London: Stevens & Sons.
- Coto Millán, P. (1988). El transporte marítimo internacional en su historia más reciente: una perspectiva de política económica internacional. En *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. VI. Bilbao.

- Delebecque, P. (2008, octubre). La Convention sur le contrat de transport international entièrement ou partiellement par mer: dernières précisions. En *Le Droit Maritime Français*, 696.
- Delebecque, P. (2009, abril). La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer: a civil law perspective. En *Le Droit Maritime Français*, 702, especial CMI Atenas.
- Du Pontavice, E. (1976, mayo). Rapports de force économique dans le droit de la mer. En *Le Droit Maritime Français*, 329. París.
- Duque Dominguez, J. (1986). El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época. En *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Emparanza, A. (1993). El transporte marítimo bajo conocimiento de embarque: su régimen jurídico internacional tras la entrada en vigor de la Reglas de Hamburgo. En *I Jornadas sobre transporte marítimo europeo - Aspectos Mercantiles y Jurisdiccionales*. Donostia: Escuela de Administración Marítimo, Facultad de Derecho de San Sebastián.
- Gaskell, N. Debattista C. & Swatton R. (1992). *Chorley and Giles' Shipping Law* (8ª ed.). London: Pitman.
- Girón Tena, J. (1959). *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*. Bilbao: Publicaciones Universidad de Deusto.
- Gorriz López, C. (2009). Contrato de Transporte Marítimo Internacional bajo conocimiento de embarque (Reglas de La Haya, Reglas de Hamburgo y Reglas de Rotterdam). En *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXVI.
- Kozubovskaya-Pelle, A. (2010, marzo). Le contrat de volume et les Règles de Rotterdam. En *Le Droit Maritime Français*, 712.
- Lennox M. W. & Mocatta, A. (1984). *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (19th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Lopuski, J. (1987). Les principales lignes d'évolution du droit maritime privé: l'influence exercée par la pression des pays en développement. En *Le Droit Maritime Français*. París.
- Matilla Alegre, R. (1988). *Contrato de Utilización del Buque. Lecciones*. Barcelona: Bosch.
- Menéndez M. A. (1986). Autonomía económica liberal y codificación mercantil española. En *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I. Madrid: Ministerio de Justicia.

- Ministerio de Comercio y Turismo (1994, octubre). Balance y repercusiones de la Ronda Uruguay del GATT. *Revista Información Comercial Española*, 734. Madrid.
- Mocatta, A. y otros (1984). *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (19th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Muñoz Planas, J. M. (1986). Código de Comercio y Derecho Marítimo. En *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Poirier D'ange D'orsay, P. (1975). Les grands mutations du droit maritime. En *Annuaire de Droit Maritime et Aerien*, t. II. Nantes.
- Pulgar Ezquerro, J. (2003). Especialidades del Transporte de Mercancías en Contenedores. *Revista de Derecho Mercantil*, 247. Madrid.
- Ramberg, J. (1980). The implications of new transport technologies. En *European Transport Law*. Amberes.
- Remond - Gouilloud, M. (1988). *Droit Maritime*. París: Pedone.
- Roca Aymar, J. L. (1994). *La Ronda Uruguay sobre negociaciones comerciales multilaterales*. Madrid: Mundi-Prensa.
- Rodière, R. & Du Pontavice, E. (1991). *Droit Maritime* (11^a ed.). París: Dalloz.
- Sánchez Calero, F. (1995). *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II (18^a ed.). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Viguera Rubio, J. M. (1982). El fundamento de la responsabilidad del porteador marítimo según las Reglas de Hamburgo. En *I Congreso Nacional de Derecho Marítimo. VIII Jornada de Derecho Marítimo*. Sevilla: Comité Regional de Derecho Marítimo de Andalucía.
- Wilson, J. (1993). *Carriage of Goods by Sea* (2^a ed.). London: Pitman Publishing.