



FUNDACIÓN
Francisco Corell

ACTUALIDAD JURÍDICA
DEL TRANSPORTE POR
CARRETERA

IN MEMORIAM
F. M. SÁNCHEZ GAMBORINO



SUBVENCIONADO POR EL
MINISTERIO DE FOMENTO



ACTUALIDAD JURÍDICA DEL TRANSPORTE POR CARRETERA

IN MEMORIAM
F. M. SÁNCHEZ GAMBORINO



Mercedes-Benz



movistar

SIEMENS VDO
Automotive



SUBVENCIONADO POR EL MINISTERIO DE FOMENTO

Edita: Fundación Francisco Corell
Edición: Noviembre 2005
I.S.B.N.: 84-689-4624-9.
Deposito Legal: M-45093-2005
Imprime: A Priori Producción y Publicidad
Tel. 91 570 85 87
e-mail: apriori@aprioriprint.com

INDICE

- **PRÓLOGO POR EL PRESIDENTE DEL PATRONATO DE LA FUNDACIÓN FRANCISCO CORELL**
- **PRESENTACIÓN POR EL SECRETARIO GENERAL DE ASTIC Y DIRECTOR GENERAL DE LA FUNDACIÓN FRANCISCO CORELL**
- **AGRADECIMIENTO POR SÁNCHEZ-GAMBORINO**
- **BIOGRAFÍA DE D. FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO**
- **ADHESIONES A ESTE LIBRO-HOMENAJE**
- **ESTUDIOS JURÍDICOS:**
 - 1. TRANSPORTE DE VIAJEROS Y DE MERCANCÍAS**
 - "La Fundación Francisco Corell, una fundación para el transporte por carretera". Por David BRULL, Adjunto al Director de la Fundación Francisco Corell (Madrid)
 - "Trabajos recientes de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU". Por Francisco José SÁNCHEZ-GAMBORINO, Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU (Ginebra)
 - "Las Juntas Arbitrales del Transporte". Por Francisco SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Presidente de la Junta Arbitral del Transporte de Madrid
 - "El tacógrafo digital: sistema de seguridad y control de vehículos de transporte". Por Alfonso SÁNCHEZ MARCOS, Subdirector General de Inspección. Ministerio de Fomento (Madrid)
 - 2. TRANSPORTE DE VIAJEROS**
 - "Régimen jurídico del transporte de viajeros por carretera en Bélgica". Por Carine BERGERS, Departamento Jurídico. F B A A (Bruselas)
 - "La unidad de mercado en el transporte de viajeros por carretera en España". Por José Luis PERTIERRA RODRÍGUEZ, Director de la Federación Española de Empresas de Autobús -FENEBUS- (Madrid)
 - "Defensa, potenciación y mejora del sistema concesional español de prestación de los servicios públicos regulares permanentes de uso general, de transporte de viajeros por carretera". Por Fernando J. CASCALES MORENO, Ex-Director General de Transportes Terrestres Ministerio de Fomento (Madrid)

- "El equipaje: concepto y regulación en el transporte nacional por carretera". Por Enrique MAPELLI, Profesor de Derecho del Transporte (Madrid)
- "Régimen jurídico del transporte de viajeros por carretera en Francia". Por Jean-Luc FIOUX, Abogado ante el Tribunal Supremo (París)

3. TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

A) TRANSPORTE NACIONAL

- "La nueva Ley alemana de transportes de 1998 y su modelo la Convención CMR". Por Alex SCHINDLER, Jefe del Departamento Jurídico de BGL (Frankfurt)
- "Las reglas CMR como derecho aplicable al transporte nacional: la favorable experiencia de Austria". Por Peter CSOKLICH, Abogado. Viena (Austria)
- "El transporte de mercancías a través de los Alpes y las directivas comunitarias sobre costes de infraestructura". Por Mariella SCHURZ, Miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU (Austria)
- "El transporte nacional de mercancías por carretera en Bélgica, bajo las reglas CMR: una experiencia positiva". Por Jacques PUTZEYS, Profesor emérito de la Universidad Católica de Lovaina (Bruselas)
- "El transporte por carretera nacional en España: concepto, clases y jurisprudencia". Por Nicolás DÍAZ MÉNDEZ, Magistrado-Presidente de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid
- "El "privilegio" del porteador y su "derecho de retención" sobre la mercancía transportada". Por Luís M. PILÓNETA, Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Oviedo
- "Las nuevas técnicas de intervención en el transporte por carretera, en España". Por Juan M. GONZÁLEZ CARVAJAL, Profesor Titular de Universidad en Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo
- "La reforma de la regulación mercantil del transporte terrestre en la España del siglo XXI". Por Carlos LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Abogado, LL.M (Columbia), Doctor en Derecho (Madrid)
- "Apuntes para una modificación de la regulación mercantil del contrato de transporte". Por Emilio SIDERA LEAL, Subdirector General de Ordenación y Normativa del Transporte. Ministerio de Fomento (Madrid)
- "En torno a una eventual reforma del contrato de transporte terrestre". Por Fernando MARTÍNEZ SANZ, Catedrático de Derecho Mercantil. Universitat Jaume I. Castellón
- "Aspectos jurídico laborales del transporte de mercancías por carretera en España". Por Jose Manuel PEREIRA MENAUT, Abogado (Madrid)

- "Las garantías de pago al transportista por carretera, en el Derecho francés: acción directa y derecho de retención". Por Isabelle BONGARCIN, Presidenta de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU y Frédéric LETACQ, Encargado de Investigación en el Instituto de Derecho Internacional de los Transportes (IDIT, Rouen, Francia).
- "El nuevo régimen jurídico del contrato de transporte nacional de mercancías por carretera en Portugal: la asunción de las reglas CMR". Por José Luís SARAGOÇA, Ex-Asesor Jurídico de la Asociación Nacional de Transportistas de Portugal - ANTRAM (Lisboa)
- "Efectos negativos de la situación de periferia geográfica de Portugal, en el transporte de mercancías por carretera". Por Abel MARQUES., Secretario General de la Asociación Portuguesa de Transporte de Mercancías por Carretera - ANTRAM (Lisboa)
- "Desarrollo del Derecho público y privado del transporte en el periodo post-soviético de Rusia". Por Fedor KORMILITSYN, Asesor Jurídico de la Asociación del Transporte por Carretera de Rusia - ASMAP- (Moscú)

B) TRANSPORTE INTERNACIONAL (CMR)

- "La CMR y sus apóstoles". Por Roland LOEWE, Redactor de la Convención CMR (Viena)
- "El concepto de transportista según la convención CMR y la jurisprudencia". Por Waldemar CZAPSKI, Encargado de Asuntos Jurídicos en la Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU, Ginebra)
- "El ámbito de aplicación del convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera: el artículo 1 del Convenio CMR". Por Antonio VIÑAL, Abogado (Madrid)
- "El transporte por superposición camión sobre buque "ro-ro" - artículo 2 de la CMR-: la solución holandesa". Por Krijn HAAK, Magistrado en el Tribunal de Distrito de Rotterdam (Rotterdam)
- "Los transportes por superposición (camión sobre tren o buque): el art. 2 del Convenio CMR en el contexto de la logística del transporte". Por Jan RAMBERG, Profesor Honorario y Emérito de Derecho Privado. Universidad de Estocolmo
- "El art. 3 de la convención CMR: un caso concreto de responsabilidad del transportista, que es el más habitual". Por Justin E. J. HEMMES, Ex-Jefe de la Asesoría Jurídica de la Asociación Holandesa de Transporte - NOB- (Amsterdam)
- "La carta de porte CMR según la jurisprudencia francesa y de otros países". Por Barthélemy MERCADAL, Profesor agregado de las Facultades de Derecho francesas (París)



ACTUALIDAD JURÍDICA DEL TRANSPORTE POR CARRETERA

IN MEMORIAM
F. M. SÁNCHEZ GAMBORINO



SUBVENCIONADO POR EL MINISTERIO DE FOMENTO

Edita: Fundación Francisco Corell
Edición: Noviembre 2005
I.S.B.N.: 84-689-4624-9.
Deposito Legal: M-45093-2005
Imprime: A Priori Producción y Publicidad
Tel. 91 570 85 87
e-mail: apriori@aprioriprint.com

INDICE

- **PRÓLOGO POR EL PRESIDENTE DEL PATRONATO DE LA FUNDACIÓN FRANCISCO CORELL**
- **PRESENTACIÓN POR EL SECRETARIO GENERAL DE ASTIC Y DIRECTOR GENERAL DE LA FUNDACIÓN FRANCISCO CORELL**
- **AGRADECIMIENTO POR SÁNCHEZ-GAMBORINO**
- **BIOGRAFÍA DE D. FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO**
- **ADHESIONES A ESTE LIBRO-HOMENAJE**
- **ESTUDIOS JURÍDICOS:**
 1. **TRANSPORTE DE VIAJEROS Y DE MERCANCÍAS**
 - “La Fundación Francisco Corell, una fundación para el transporte por carretera”. Por David BRULL, Adjunto al Director de la Fundación Francisco Corell (Madrid)
 - “Trabajos recientes de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU”. Por Francisco José SÁNCHEZ-GAMBORINO, Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU (Ginebra)
 - “Las Juntas Arbitrales del Transporte”. Por Francisco SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Presidente de la Junta Arbitral del Transporte de Madrid
 - “El tacógrafo digital: sistema de seguridad y control de vehículos de transporte”. Por Alfonso SÁNCHEZ MARCOS, Subdirector General de Inspección. Ministerio de Fomento (Madrid)
 2. **TRANSPORTE DE VIAJEROS**
 - “Régimen jurídico del transporte de viajeros por carretera en Bélgica”. Por Carine BERGERS, Departamento Jurídico. F B A A (Bruselas)
 - “La unidad de mercado en el transporte de viajeros por carretera en España”. Por José Luis PERTIERRA RODRÍGUEZ, Director de la Federación Española de Empresas de Autobús -FENEBUS- (Madrid)
 - “Defensa, potenciación y mejora del sistema concesional español de prestación de los servicios públicos regulares permanentes de uso general, de transporte de viajeros por carretera”. Por Fernando J. CASCALES MORENO, Ex-Director General de Transportes Terrestres Ministerio de Fomento (Madrid)

- "El equipaje: concepto y regulación en el transporte nacional por carretera". Por Enrique MAPÉLLI, Profesor de Derecho del Transporte (Madrid)
- "Régimen jurídico del transporte de viajeros por carretera en Francia". Por Jean-Luc FIOUX, Abogado ante el Tribunal Supremo (París)

3. TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

A) TRANSPORTE NACIONAL

- "La nueva Ley alemana de transportes de 1998 y su modelo la Convención CMR". Por Alex SCHINDLER, Jefe del Departamento Jurídico de BGL (Frankfurt)
- "Las reglas CMR como derecho aplicable al transporte nacional: la favorable experiencia de Austria". Por Peter CSOKLICH, Abogado. Viena (Austria)
- "El transporte de mercancías a través de los Alpes y las directivas comunitarias sobre costes de infraestructura". Por Mariella SCHURZ, Miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU (Austria)
- "El transporte nacional de mercancías por carretera en Bélgica, bajo las reglas CMR: una experiencia positiva". Por Jacques PUTZEYS, Profesor emérito de la Universidad Católica de Lovaina (Bruselas)
- "El transporte por carretera nacional en España: concepto, clases y jurisprudencia". Por Nicolás DÍAZ MÉNDEZ, Magistrado-Presidente de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid
- "El "privilegio" del porteador y su "derecho de retención" sobre la mercancía transportada". Por Luís M. PILÓNETA, Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Oviedo
- "Las nuevas técnicas de intervención en el transporte por carretera, en España". Por Juan M. GONZÁLEZ CARVAJAL, Profesor Titular de Universidad en Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo
- "La reforma de la regulación mercantil del transporte terrestre en la España del siglo XXI". Por Carlos LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Abogado, LL.M (Columbia), Doctor en Derecho (Madrid)
- "Apuntes para una modificación de la regulación mercantil del contrato de transporte". Por Emilio SIDERA LEAL, Subdirector General de Ordenación y Normativa del Transporte. Ministerio de Fomento (Madrid)
- "En torno a una eventual reforma del contrato de transporte terrestre". Por Fernando MARTÍNEZ SANZ, Catedrático de Derecho Mercantil. Universitat Jaume I. Castellón
- "Aspectos jurídico laborales del transporte de mercancías por carretera en España". Por Jose Manuel PEREIRA MENAUT, Abogado (Madrid)

- "Las garantías de pago al transportista por carretera, en el Derecho francés: *acción directa* y derecho de retención". Por Isabelle BONGARCIN, Presidenta de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU y Frédéric LETACQ, Encargado de Investigación en el Instituto de Derecho Internacional de los Transportes (IDIT, Rouen, Francia).
- "El nuevo regimen jurídico del contrato de transporte nacional de mercancías por carretera en Portugal: la asunción de las reglas CMR". Por José Luís SARAGOÇA, Ex-Asesor Jurídico de la Asociación Nacional de Transportistas de Portugal – ANTRAM (Lisboa)
- "Efectos negativos de la situación de periferia geográfica de Portugal, en el transporte de mercancías por carretera". Por Abel MARQUES., Secretario General de la Asociación Portuguesa de Transporte de Mercancías por Carretera – ANTRAM (Lisboa)
- "Desarrollo del Derecho publico y privado del transporte en el periodo post-sovietico de Rusia". Por Fedor KORMILITSYN, Asesor Jurídico de la Asociación del Transporte por Carretera de Rusia –ASMAP- (Moscú)

B) TRANSPORTE INTERNACIONAL (CMR)

- "La CMR y sus *apóstoles*". Por Roland LOEWE, Redactor de la Convención CMR (Viena)
- "El concepto de transportista segun la convencion CMR y la jurisprudencia". Por Waldemar CZAPSKI, Encargado de Asuntos Jurídicos en la Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU, Ginebra)
- "El ámbito de aplicación del convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera: el artículo 1 del Convenio CMR". Por Antonio VIÑAL, Abogado (Madrid)
- "El transporte por superposición camión sobre buque "ro-ro" - artículo 2 de la CMR-: la solución holandesa". Por Krijn HAAK, Magistrado en el Tribunal de Distrito de Rotterdam (Rotterdam)
- "Los transportes por superposición (camión sobre tren o buque): el art. 2 del Convenio CMR en el contexto de la logística del transporte". Por Jan RAMBERG, Profesor Honorario y Emérito de Derecho Privado. Universidad de Estocolmo
- "El art. 3 de la convención CMR: un caso *concreto* de responsabilidad del transportista, que es el más habitual". Por Justin E. J. HEMMES, Ex-Jefe de la Asesoría Jurídica de la Asociación Holandesa de Transporte - NOB- (Amsterdam)
- "La carta de porte CMR según la jurisprudencia francesa y de otros países". Por Barthélemy MERCADAL, Profesor agregado de las Facultades de Derecho francesas (París)

- "La responsabilidad del transportista en el transporte internacional de mercancías por carretera: arts. 17 y ss. del Convenio CMR". Por Jose Luís ORTIZ, Abogado (Valencia)
- "El dolo como causa de inaplicación del límite de responsabilidad. El artículo 29 de la Convención CMR". Por Jose Luís CONCEPCIÓN, Doctor en Derecho. Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona
- "El concepto de dolo y de *culpa grave equiparable a dolo* por parte del transportista: art. 29 del Convenio CMR". Por David MORÁN BOVIO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz.
- "Uniformización y desuniformización del derecho del transporte por carretera: el art. 29 de la CMR y otros factores". Por Robert WIJFFELS, Director de la Revista EUROPEAN TRANSPORT LAW (Amberes, Bélgica)
- "Los transportes sucesivos: arts. 34 y ss. de la Convención CMR". Por Alberto EMPARANZA, Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de San Sebastián
- "Jurisprudencia francesa sobre la Convención CMR: una interpretación nacional". Por Marie TILCHE, Responsable de publicaciones jurídicas del transporte en Editorial LAMY (París)

4. MEDIADORES DE TRANSPORTE Y LOGISTICA

A) DE VIAJEROS

- "Las agencias de viajes y sus funciones en materia de transporte". Por Juan GÓMEZ CALERO, Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Sevilla

B) DE MERCANCÍAS

- "El contrato de expedición, ¿es un contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 4,4 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980?". Por Franz FISCHER, Consultor jurídico especializado en Transportes (Stuttgart)
- "Régimen jurídico y responsabilidad del transitario: Un posible nuevo enfoque de la problemática que suscita". Por Manuel M. VICENS MATAS, Secretario y Asesor Jurídico de la Federación Española de Transitarios –FETEIA- (Barcelona)

- “El transitario, motor de la logística en el transporte”. Por Wilhelm ZEIL BECK, Director General (ex) de la Federación Internacional de Transitarios (FIATA, Zurich)
- “El contrato de servicios logísticos: régimen jurídico español”. Por Juan GAITÁN REBOLLO. Abogado (Madrid)
- “Aspectos evolutivos del transporte en el sistema italiano: del *receptum* a la logística”. Por Alessandra XERRI SALAMONE, Profesora de la Universidad de Cassino (Roma)

5. SEGUROS DE TRANSPORTE

- “El seguro de transporte por carretera de viajeros y de mercancías”. Por Raúl GONZÁLEZ HEVIA, Abogado. Ex-Subdirector General de MUSINI (Madrid)
- “Reflexiones en torno al seguro obligatorio de viajeros”. Por Martín MORENO FERNÁNDEZ, Abogado. Departamento Jurídico de ALSA-ENATCAR (Oviedo)
- “Seguro de transporte de mercancías por carretera: la configuración legal de la figura del comisario de averías a la luz del derecho positivo vigente”. Por Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, Profesor Titular de Derecho Mercantil y del Derecho del Seguro Privado de la Universidad Complutense de Madrid.
- “El impacto del seguro en el derecho aplicable al transporte de mercancías, en el Reino Unido”. Por Malcolm CLARKE, Profesor de Derecho Comercial. Universidad de Cambridge. Inglaterra

6. TRANSPORTE MULTIMODAL

- “El proyecto de instrumento de UNCITRAL sobre Derecho del Transporte. Implicaciones para el transporte internacional por carretera”. Por José M^a ALCÁNTARA, Abogado. Consejero Ejecutivo del CMI (Madrid)
- “El transporte de mercancías por medio de contenedores” por Justino DUQUE. Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid.
- “Ley aplicable y tribunal competente en materia de transporte multimodal”. Por Rodolfo A. GONZÁLEZ-LEBRERO, Abogado. Doctor en Derecho (Madrid)

PRÓLOGO
POR EL PRESIDENTE DEL PATRONATO DE LA
FUNDACIÓN FRANCISCO CORELL

PRÓLOGO

El libro que Vd., querido lector, sostiene en sus manos en estos momentos, más que un compendio de artículos sobre el transporte con un marcado carácter jurídico, es, sobre todo, una muestra de cariño y homenaje a una persona que dedicó su vida y afanes al Derecho del transporte y, sobre todo, del transporte por carretera.

En un terreno árido, controvertido, y con un nivel legislativo que podríamos calificar de escaso y desfasado (hasta la aparición de la L.O.T.T. en 1987), Francisco Miguel Sánchez Gamborino, Paco, trabajó, estudió, litigó, y se constituyó por méritos propios en el mayor experto en Derecho del transporte por carretera que España tuvo durante el tiempo en que ejerció su actividad.

Tuve el honor y el placer de tratarle: primero como empresario del sector, y luego como Presidente durante once años de A.S.T.I.C., patronal de la que fue su Asesor Jurídico hasta que por motivos de edad fue sustituido por su hijo, Francisco José, digno sucesor del padre.

El Patronato de la Fundación Francisco Corell se une al homenaje y manifestación de cariño que todos los que han hecho posible esta publicación demuestran hacia una persona tan querida para todos como fue Francisco Miguel Sánchez Gamborino.

***Miguel Ángel Ochoa de Chinchetru Sacristán
Presidente del Patronato de la
Fundación Francisco Corell***

PRESENTACIÓN
POR EL SECRETARIO GENERAL DE ASTIC
Y DIRECTOR GENERAL DE LA FUNDACIÓN
FRANCISCO CORELL

PRESENTACIÓN

Francisco Miguel Sánchez Gaborino –Paco- fue para mí, ante todo y por encima de todo, un amigo. Un buen amigo que se nos fue un día de Agosto de 2002.

Por supuesto que Paco fue el maestro del Derecho de transportes en España, de fama internacional, que estudió, ordenó y comentó la legislación de este Sector, la enseñó a los demás en sus libros y múltiples artículos –sobre transporte en revistas jurídicas, y sobre derecho en revistas de transporte-. Como Abogado, aplicó todos sus enormes conocimientos brillantemente ante las Administraciones Públicas y ante los Tribunales en defensa de los transportistas, obteniendo importantes victorias jurisprudenciales (nunca se me olvidará la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 Diciembre 1985, que exonera a un transportista de responsabilidad en un caso de robo de mercancía, única declaración del Alto Tribunal en ese sentido). Paco fue además un conocedor prudente, capaz de proponer fórmulas muy valiosas para los transportistas en diversas órdenes y resoluciones ministeriales, incluso para la LOTT, que en efecto se adoptaron (como la Resolución de 30 Noviembre 1981, que otorgaba al transportista la posibilidad de retener mercancía para cobro de deudas anteriores del mismo cliente). Paco: ¡con qué tesón defendías “lo del derecho de retención, igual que el régimen de concesiones de autobuses, y tantas otras cuestiones”! pero también, por ello mismo ¡Cuánto tienen que agradecerme las empresas españolas de transporte de mercancías y viajeros!

Por eso Paco fue durante muchos años el miembro español de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU, ocupó otros puestos relevantes y recibió numerosas distinciones. Y por eso tuvimos la suerte de tenerlo como Asesor Jurídico de ASTIC desde su fundación.

Es más, tuvo el acierto de transmitir sus conocimientos y experiencia en primer lugar a su hijo Francisco José, que sigue dignamente su Despacho y la mayor parte de sus referidas actividades.

Pero, como digo, todo eso –con ser tan importante- para mí queda en un segundo plano respecto a su amistad, de la que él tuvo tan alto concepto, y concretamente de su amistad conmigo.

Es al amigo Paco –y no solo al prestigioso jurista- al que en la Fundación Francisco Corell le rendimos hoy, con todo cariño, este homenaje. En forma de libro, como es adecuado a un intelectual, y además de altísimo nivel, en selección de autores y temas. Un libro de referencia y consulta, para estar en las universidades y en las mejores bibliotecas jurídicas sobre el transporte. O sea, como a Paco más le hubiera gustado y como desde luego merece su memoria. Homenaje literario que viene a complementar el personal que ASTIC le dedicó en 2000 con motivo del 50 Aniversario de la creación de su Bufete, y la Placa de honor de CETM que a iniciativa de quien suscribe le fue otorgada en 2003.

Paco, de una fidelidad y lealtad a toda prueba, fue, desde mis primeros días en ASTIC, mi hombre de confianza, mi confidente, mi consejero, mi compañero de innumerables viajes de ASTIC –muchos, junto a su inseparable y querida esposa María Teresa, también recientemente fallecida-, en que no solo demostraba sus conocimientos profesionales, sino también su bondad, su cultura, su agudeza, su amena y rica conversación, y por supuesto su “chispa”.

Porque el sentido del humor de Paco era inagotable, su fina ironía, su socarronería valenciana. Un viaje a su lado tenía la risa garantizada. Podría contar centenares de anécdotas vividas juntos, a cuál más graciosa.

Y todo ello, insisto, desde su hondura y rigor en el terreno jurídico, y su profundo sentido de la responsabilidad, con que su simpatía nunca fue incompatible.

Paco: te brindamos este homenaje de intenso afecto, tan intenso como fue nuestro dolor cuando te perdimos.

Y, como puedes ver por el capítulo de adhesiones incluido en este mismo libro, son muchas las personas que, como yo, te querían.

Es el homenaje que mereces, y en la forma más bella que para ti se nos ha ocurrido.

Estamos seguros de que te gustará. Como también a los muchos estudiosos que aprovecharán su rico contenido jurídico.

Paco, aunque te fuiste, sigues estando en ese rincón reservado para los amigos en nuestros corazones.

Carlos Pascual Quirós
Secretario General de ASTIC
Director General de la Fundación Francisco Corell
Noviembre 2005

**AGRADECIMIENTO
POR SÁNCHEZ - GAMBORINO**

¡GRACIAS!

Querido Papá:

Te doy las gracias por todo lo que me has dado, me has enseñado, y me has ayudado; por las puertas que me has abierto, por los puentes que me has tendido, por los caminos que me has allanado, por las numerosas personas –bastantes, ahora amigos- que me has presentado; por haberme apoyado siempre en esta bellísima profesión de Abogado, y haberme inculcado en su desarrollo tus principios: de honradez, de rigor, de auto-exigencia. Gracias por “haber puesto el listón tan alto”.

Te fuiste hace tres años del modo más discreto –a mitad de Agosto, cuando casi todos estaban en la playa- y sabes que ése fue para mí, hasta entonces, el día más triste de mi vida y cuántas lágrimas derramé. Pero también sabes que todo tu trabajo no ha sido en balde: que aparte de tus libros y tus artículos, de tus sentencias ganadas, incluso ante el Tribunal Supremo, que ahí quedan, me tienes como continuador, digno –espero- de tu apellido, en la mayor parte de tus actividades, y otras nuevas que seguro te agradan.

Este libro es mi homenaje personal, y el de tus amigos: quienes te conocieron y quienes han aprovechado tus enseñanzas. Como ves, es muy rico en materias –dentro del amplio abanico de las que comprende el Derecho aplicable al transporte por carretera- y en autores de muchos países, a quienes agradezco por ti su desinteresada contribución: en él han colaborado los mayores especialistas actuales en este ámbito desde Suecia hasta Rusia, pasando por Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Holanda, Inglaterra, Italia, Portugal y naturalmente IRU –la mayoría de cuyos trabajos he tenido el placer de traducir-, además de por supuesto los mejores autores españoles. Es el libro de categoría que merecías y que tu alta memoria requiere. Una obra de investigación y consulta, adecuada como ofrenda a un gran jurista, que desde ahora estará en las mejores bibliotecas sobre la materia.

También habrás visto en el libro la gran cantidad y calidad de tus amigos, que sin haber escrito un artículo, por no juristas o no especializados en transporte u otros motivos, sin embargo, han querido manifestar su sincera y cordial adhesión a este homenaje.

Doy muchas gracias por ello, en tu nombre, a la Fundación Francisco Corell, que lo ha hecho posible: a su Presidente Miguel Angel Ochoa y a su Director Carlos Pascual, por su apoyo, a David Brull y a Ignacio Nevado, por su inestimable ayuda en la edición, y sobre todo, y muy especialmente, al Profesor Alberto Emparanza, a quien se le ocurrió la idea de dedicarte este libro “In Memoriam”. El cual de algún modo es continuación del homenaje que te brindó ASTIC en Noviembre de 2000 –cuando se cumplieron Cincuenta años de nuestro Despacho-, y a la Placa de CETM que, a título póstumo y a iniciativa de ASTIC se te concedió en Marzo 2003, y lleno de orgullo recogí de manos del Presidente Pere Padrosa. Te mereces todo ello y más. Mi personal enhorabuena.

Espero que Dios me conceda algún día estar contigo y con mamá en ese nivel supremo de eterna felicidad, donde todo es amor, verdad y hermosura, y no hay lugar para ninguna de las miserias y limitaciones de esta vida terrenal.

Hasta entonces déjame decirte una y mil veces que te quiero y te mando un beso muy grande.

Francisco

**BIOGRAFÍA DE
D. FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO**

BIOGRAFIA DE D. FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO

Nació en Valencia en 1924, donde cursó sus estudios y en cuya Universidad terminó con brillantez la carrera de Derecho en 1949.

De inmediato -al año siguiente- se incorporó al Colegio de Abogados de dicha Capital y comenzó a trabajar como tal. En 2000 celebró su 50 Aniversario o Bodas de Oro de esta colegiación, junto a sus compañeros.

Después, se inscribiría también en los Colegios de Madrid, Barcelona y La Coruña, donde igualmente ejerció la actividad de abogado.

De familia ferroviaria, enseguida le atrajo el transporte terrestre y el estudio de sus problemas jurídicos, decidiendo dedicarse a este poco cultivado ámbito, que no coincidía -ni entonces ni ahora- con una de las asignaturas o disciplinas "clásicas" del Derecho (Civil, Penal, Familia, Laboral) a que se dedican otros Despachos.

En cualquier caso, D. Francisco Miguel fue pionero en España en el estudio del Derecho del transporte.

Aunque sus primeros artículos fueron publicados en el Boletín de los Ferrocarriles de la OCTI (Berna), pronto vio muchas más oportunidades de desarrollar su temprana vocación en el transporte por carretera: su legislación era más joven que la ferroviaria -como corresponde a la propia invención posterior de autobuses y camiones- y ello suponía estar menos estudiada y más necesitada de perfeccionamiento, y también había -y hay- muchas más empresas de transporte por carretera a quienes poder ayudar.

Se ocupó del transporte por carretera también como Vocal de esta dedicación en la Feria Muestrario Internacional de Valencia - Medalla de Honor en 1974-, en cuya publicación anual "Feriario" colaboró varias veces. También escribió asiduamente en el semanario de información hortofrutícola "Valencia-Fruits", sobre temas de transporte. Y en el Boletín de la Cámara de Comercio de Valencia, presidida por el transportista Arturo Virosque. También recibiría la medalla de oro de San Cristóbal por la Federación Valenciana de Empresarios Transportistas (1986).

La entonces centralización administrativa en el Ministerio de Obras Públicas -que ha retomado ese nombre en alguna fase reciente, hoy llamado "de Fomento"- le aconsejó trasladarse a Madrid en 1956, junto a su esposa Maria Teresa y a su recién nacido hijo Francisco José, mucho después discípulo y hoy continuador de su Despacho.

También en Madrid, tres años después (1959) nació su hija Teresa, que también estudió Derecho, aunque prefirió otros caminos profesionales.

D. Francisco Miguel conservó sin embargo siempre muchos vínculos con su querida Valencia, y con muchas Empresas de la zona - como es sabido, la más importante de España en materia de transporte de mercancías (tradicionalmente vinculado a la exportación de sus cítricos)-, además de numerosos amigos y la mayor parte de su familia (participó desde un primer momento como socio fundador en la Casa de Valencia -esa especie de "mini embajada"- en Madrid, mucho antes de existir Comunidades Autónomas); por eso también viajaba allí todos los años, a reunirse con ellos y a ver el mar, su querido Mar Mediterráneo.

Su prestigio y clientela aumentó rápidamente, al tiempo que proseguía su dedicación a los estudios doctrinales.

Era una época de mucho trabajo, sobre todo en la elaboración de solicitudes de líneas regulares de transporte de mercancías por carretera (tarjetas M.R.), uno de tantos aspectos que ha cambiado en nuestra normativa de transporte de cargas, como el fin de la contingentación de autorizaciones, el de las tarifas obligatorias, etc, etc.

En transporte de viajeros por fortuna de momento sigue manteniendo protagonismo la figura jurídico administrativa de la concesión, a cuya defensa -en vía administrativa y ante los Tribunales- dedicaba D. Francisco Miguel muchas horas.

En los años sesenta se fundó, para su existencia paralela al Sindicato Vertical, la entonces llamada Agrupación Sindical del Transporte Internacional por Carretera (ASTIC) -después, adaptado su nombre y Estatutos (aunque conservando sus siglas), Asociación de la Ley de 1977-, desde el principio miembro español de la Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU, Ginebra), y fue el catalán Mariano Mateu, primer Presidente de ASTIC y después también de IRU, quien le llamaría a ser Asesor Jurídico de esta Asociación, cuya dedicación proseguiría con sus Presidentes sucesores, habiendo sido en todo momento "mano derecha" jurídica de sus Secretarios Generales, hoy, Carlos Pascual. Y autor de múltiples Dictámenes, Informes y Circulares.

Con este equipo de ASTIC -y su conocimiento de idiomas-, desde los primeros años setenta asistió a numerosos Congresos internacionales de IRU, y formando parte como miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de esta Unión Internacional -entonces bajo la Presidencia del Profesor Jacques Putzeys, que hoy aporta un interesante artículo al presente libro-, explicó el Derecho español de transportes y lo comparó con ordenamientos legales extranjeros, para intentar mejorar el nuestro en beneficio de las Empresas transportistas.

Asimismo participó en otras reuniones internacionales, como - adjunto a la Delegación de IRU (Marcel De Gottrau)- las del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, Roma), encargado de preparar Convenios internacionales, como el de daños a terceros causados por mercancías peligrosas transportadas (Convención CRTD).

Colaboró en los trabajos de elaboración de la hoy vigente Ley 16/1987 de 30 Julio sobre Ordenación de los Transportes Terrestres - "LOTT"- y de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1211/1990 de 23 Septiembre -"ROTT"-, en algunos puntos de cuya redacción influyó decisivamente: se publicaron en el BOE bajo la fórmula que él había recomendado.

También en normas más concretas, como la Orden Ministerial de 30 Noviembre 1981 (BOE 9 Diciembre) que aprobaba el Reglamento-tipo para el transporte de carga fraccionada, concretamente en su art. 9, punto 2, que preveía el derecho de retención del transportista sobre la mercancía transportada incluso por deudas originadas por viajes anteriores realizados para el mismo cliente y pendientes de pago. Lo que fue importantísimo para los transportistas.

D. Francisco Miguel fue ante todo Abogado de los transportistas. Les asesoró y les defendió: ante la Administración Pública y ante los Tribunales de Justicia, donde cosechó éxitos rotundos. Tanto en transporte de viajeros como en transporte de mercancías.

En transporte de viajeros, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 Marzo 1981 (Repertorio Aranzadi 5403) adjudicatoria de la concesión de autobuses Ribadeo-Madrid supuso la gran "T" geográfica base para la expansión, después en red, del GRUPO ALSA.

Otras importantes sentencias, también ganadas por Sánchez-Gamborino en el Tribunal Supremo, fueron las de:

- 15 Noviembre 1969 (Aranzadi 5083), sobre prolongación de línea de autobuses (HISPANO DEL CID).
- 23 Diciembre 1971 (Aranzadi 5196), sobre autorización de autobuses discrecionales (DAMAS).
- 15 Abril 1981 (Aranzadi 5406), sobre otorgamiento de concesión de autobuses (EXPRES DE TABEIROS).
- 1 Febrero 1984 (Aranzadi 592), sobre reajuste de expediciones y horarios (SEPULVEDANA).
- 21 Mayo 1992 (Aranzadi 5099), sobre otorgamiento de concesión de autobuses (INTERCAR).
- 15 Sept. 1994 (Aranzadi 6799), que deniega declarar la caducidad a una concesión (A. PALOMERA).
- 12 mayo 1995 (Aranzadi 3853) sobre expediciones inadecuadas en concesión (CASAL).
- 26 Mayo 1995 (Aranzadi 3878), sobre validez de una unificación de concesiones (SOTO Y ALONSO).

Hubo muchísimas más.

Siempre, ante los Tribunales y fuera de ellos, D. Francisco Miguel defendió la idea de la concesión, con derecho de prestación exclusiva a favor de su empresa transportista titular, como fórmula ideal para las líneas de autobuses de servicio público. Que es la que la LOTT recoge (art. 72,1), y la Unión Europea respeta, admira y parece ir a adoptar como modelo. Obtuvo en ese sentido varios pronunciamientos jurisdiccionales. Baste aquí citar, por todas, la Sentencia del T. Supremo 15 Julio 1997 (Aranzadi 5934) -EMPRESA FREIRE, tráfico de Santiago a Lugo- que establece esa declaración en su Fundamento Segundo (4^o de la apelada).

En transporte de mercancías, también cosechó importantes éxitos ante los Tribunales.

- La más sonada fue la Sentencia de 20 Diciembre 1985 (Aranzadi 6605), ganada para TRANSPORTES ECEIZA, única del Tribunal Supremo español que absuelve al transportista de responsabilidad en caso de robo de la mercancía transportada, considerándolo como un supuesto de "fuerza mayor" exoneratorio (teniendo en cuenta las medidas de seguridad que había adoptado el conductor y demás circunstancias del caso concreto), conforme al art. 17,2 del Convenio CMR.

- Ya antes había ganado ante la Audiencia T. de Madrid la Sentencia de 24 Abril 1974 (apel. 1512/77), para TRANSPORTES PADROSA, la indemnización negada por su asegurador, también en un caso de robo cometido precisamente frente al puesto de Aduana (cuyo carácter de vigilado o no el asegurador cuestionaba).

- Ante el Supremo obtuvo la Sentencia de 29 Abril 1986 (Aranzadi 2040), a favor del transitario SCHENKER, que reclamaba portes, y en que logró que se desestimara la excepción de retraso en la entrega porque lo causó un Agente Aduanas designado por el usuario.

- Y para dicha misma empresa, la de la Audiencia T. de Barcelona de 20 Julio 1987 (apel. 355/85), que en un juicio por retraso, le evitó la condena por lucro cesante (venta de máquinas sobre muestra, en una feria comercial), ante la falta de prueba de su causa y montante.

- Y otras muchas, como la Sentencia de la Audiencia T. de Sevilla 23 Febrero 1983 (apel. 718/1981) para TRANSPORTES LAGO, que ante una reclamación del transportista contra el usuario por impago de portes, desestimó la excepción de daños, pues fueron debidos a mala estiba por el remitente y condenó a éste a pagar los portes.

- O la de la Audiencia T. de Madrid de 11 Abril 1984 (apel. 1237/82), que absolvió al transportista FRINCA (VALLEJO) de una reclamación por daños a la mercancía transportada, por falta de constatación contradictoria pericial o por autoridad judicial en destino de las averías, conforme al art. 367 del Código de Comercio.

Sería imposible una enumeración completa de sus éxitos jurisdiccionales.

Por encima de todo, D. Francisco Miguel supo salvaguardar su independencia profesional, sin vincularse a Empresas ni organismos. Llevar un caso sólo cuando se está convencido de que es justo y se lleva razón, y no cuando lo mande el "jefe" (incluso renunciando a la seguridad económica que tal vinculación conlleva), eso dice mucho en favor de un Abogado.

Paralelamente, fue publicando importantes libros, fruto de sus estudios teóricos y de su propia experiencia profesional, como son, entre otros: "Doctrina contencioso-administrativa del Tribunal Supremo. Transportes y Comunicaciones". Madrid, 1961, "Régimen jurídico de las Agencias de transporte" (Madrid, 1963) o "Las concesiones de servicios regulares de transportes por carretera, según el Tribunal Supremo". Madrid, 1964.

Publicó cientos de artículos, cuyo solo título llenaría varias páginas.

Entre las Revistas extranjeras, estuvo especialmente vinculado a "European Transport Law", de Amberes (Bélgica) dirigida por el también Abogado Dr. Robert Wijffels. Que participa con un valioso artículo en el presente libro.

Y a los trabajos y publicaciones del Instituto de Derecho Internacional de los Transportes -IDIT-, de Rouen (Francia), con cuyo Director Científico el Profesor Barthélémy Mercadal, también mantuvo estrecha colaboración y amistad. Ahora también reflejada en un brillante estudio publicado en este libro.

En España, D. Francisco Miguel participó activamente en los trabajos de la Revista de Derecho Mercantil -desde 1950 (nº 25 de la Revista)-, invitado a colaborar en la misma por su Director el Profesor Rodrigo Uría, a quien conoció en la Universidad de Oviedo.

Igualmente -por aquellas fechas- trabó excelente relación con el fundador y director de la Revista General de Derecho, el también Abogado valenciano D. Augusto Vicente Almela. En la cual fué Miembro del Consejo de Redacción, y además director de la Sección de Derecho de los Transportes.

También fue Miembro del Consejo directivo de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA), donde se ocupó siempre de los temas de transporte, además sacando a la luz varios trabajos en la Revista Española de Seguros, publicada por la Editorial de igual nombre, vinculada a la misma.

Con la organización de transporte de viajeros FENEBUS siempre mantuvo excelente relación, incluso de colaboración directa -sobre

todo con los Presidentes Sres. Minondo y Alvarez Torras-, en cuyos Congresos bienales llamados "Semanas Nacionales" D. Francisco participó, publicando asimismo en la Revista en bastantes ocasiones, desde su comienzo.

Como simple muestra, citamos:

- "¿Pueden desaparecer los servicios regulares?" FENEBUS nº 3, 1978.
- "Los embargos y ejecuciones contra servicios públicos de transportes". FENEBUS nº 4, 1978.
- "Acuerdo-tipo para explotación en pool de líneas internacionales de autobuses". FENEBUS nº 6, 1978.
- "La definición de los elementos de la relación de transporte". FENEBUS nº 8, 1978.
- "Sobre el Estado de las autonomías y el sistema de transportes". FENEBUS nº 35, 1982.
- "Consideraciones sobre los servicios regulares". FENEBUS nº 42, 1982.
- "Medidas para evitar la indefensión del administrado en los litigios sobre transportes". FENEBUS nº 60, 1985.

Su Despacho ha preparado la segunda, y hasta ahora última, edición del libro "Ley y Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres" (1998), editada por FENEBUS.

También FENEBUS se sumó al homenaje que a D. Francisco Miguel rindió ASTIC en Noviembre 2000, con motivo de las Bodas de Oro de la fundación de su Despacho, presentando una emocionada alocución el Director D. Jose Luis Pertierra.

En fin, Sánchez Gamborino intervino como Conferenciante o Profesor en numerosos seminarios y cursos de formación, organizados por: Ministerio de Transportes, Consejo General del Poder Judicial, CETM, ICADE, Armada Española, etc.

Fue hombre de enorme capacidad de trabajo, cultura, inteligencia y asombrosa memoria, metodología y orden, rigor jurídico de sus análisis, e imaginación para construir argumentos, carácter afable y bondadoso, y modesto -quizá en exceso-, e inmenso amor a la verdad y a la justicia, a lo que no eran ajenas sus profundas convicciones cristianas; todo ello le valió, además de prestigio y numerosos y fieles clientes, lo que es más importante: muchos amigos, a algunos de los cuales hemos hecho alusión a lo largo de la presente biografía.

Mención especial y recuerdo cariñosísimo a su esposa Maria Teresa -fallecida en Noviembre 2004-, que siempre le apoyó en todo (cuidándolo hasta su último día, enfermo él y también ella), acompañado en muchos viajes profesionales y descargado de otras preocupaciones para que él se pudiera concentrar en su trabajo.

Hoy la mayor parte de las referidas actividades profesionales siguen a cargo de su hijo, discípulo y compañero de despacho (hoy, titular) Francisco José, que luce con orgullo su ilustre apellido.

*D. Francisco Miguel falleció en Madrid, el 13 Agosto 2002.
¡Dios le tenga en su gloria!*

ADHESIONES A ESTE LIBRO HOMENAJE

ADHESIONES A ESTE LIBRO HOMENAJE

A

Enterado de la realización de un próximo homenaje a D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, he querido sumarme al mismo con estas líneas para testimoniar mi reconocimiento y el profundo sentimiento de gratitud, afecto y admiración que Francisco Miguel, todavía hoy, varios años después de su muerte, sigue despertando en mí.

Ciertamente, muchos fueron sus logros para el transporte regular de viajeros por carretera en Gran Canaria. Sirva de botón de muestra su labor en contra del intrusismo o su decidido apoyo en la defensa de los intereses del transporte urbano realizado por empresa privada en sus -a veces difíciles- relaciones con los Consistorios, principalmente en una época en que los actuales cascos urbanos eran objeto de delimitación municipal.

Estas, entre otras tantas materias, constituyeron áreas de trabajo en las que Francisco Miguel supo desenvolverse con inusitadas solvencia profesional y maestría, exhibiendo en todo momento sus excepcionales habilidades como jurista, habilidades que, a título personal, tanto me sirvieron y ayudaron en la práctica totalidad de las fases de mi vida relacionadas con el transporte por carretera (Transportes Guanarteme, Guaguas Municipales, etc.).

Pero si grandes fueron sus méritos profesionales, mayores sin duda lo fueron en el terreno personal, cosechando en las Islas un buen número de fieles amigos, entre los que tengo el honor de incluirme de forma especial. Aún hoy se le echa de menos y se le recuerda con singular cariño, tales fueron sus apreciadas y entrañables dotes como persona.

Por todo ello, no puedo sino rendir un entusiasta y sincero tributo a su memoria y a su recuerdo, que tan sentida huella ha dejado en nuestros corazones.

Manuel Almeida Falcón
Ex-Director de TRANSPORTES GUANARTEME (autobuses)
Hijo Predilecto de la Ciudad de Arucas
(Gran Canaria)

Esta Asociación de Usuarios del Transporte de Mercancías por Carretera (AEUTRANSMER) se adhiere, muy sincera y cordialmente, al homenaje póstumo que en forma de libro de investigación (la más adecuada a un intelectual) la Fundación F. Corell ofrece a la memoria del ilustre Abogado D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, pionero en España en los estudios de Derecho del Transporte, habiendo publicado sobre la materia varios libros y cientos de artículos, de cuyas enseñanzas nos beneficiamos, no solo los transportistas, sino también los usuarios del transporte, y por supuesto quienes tienen que interpretar nuestros contratos y decidir nuestros litigios, o aún mejor evitarlos redactando unos buenos clausulados. Nos congratula además que

esta importante doctrina haya creado escuela -hoy ya cuenta con profesores universitarios y abogados especializados-, y entre sus seguidores destaque de manera singular su propio hijo y seguidor de su Despacho Francisco José.

*Ana Cuervo, Presidenta, y
Lucía Páramo, Secretaria General
AEUTRANSMER
(Madrid)*

Era el amigo Paco una de esas personas cuyo nombre me era difícil recordar, a pesar de su familiaridad, y era así, como resultará fácil advertir, porque todo el brillo de su excelente trayectoria profesional se veía volcado hacia un apellido, ya ilustre en el mundo del Derecho actual, especialmente en materia de Transportes. Hasta el “Sánchez” -he de confesarlo con todo el respeto y cariño-, se me escapaba más de una y más de dos veces, que por práctico, en la “G” de la agenda tenía anotados, consecutivamente, a “Gamborino Padre” y “Gamborino Hijo” y eso era, me consta, tanto para el padre como para el hijo, un motivo merecido de orgullo.

Fueron varias las colaboraciones de ese despacho para nuestras empresas, hoy “Grupo Subus”, y bien podemos decir que La Alcoyana, Masatusa y Autobuses Playa de San Juan resolvieron algunos de sus problemas legales, consolidaron sus concesiones e hicieron valer sus derechos con la intervención de...“Los Gamborinos”.

No puedo dejar de mencionar, por otra parte, la extraordinaria labor de D. Francisco Miguel (q.e.p.d.) en materia de estudios, sobre la LOTT y otros temas importantes, de que todos los empresarios del sector nos hemos visto beneficiados. Guardo con cariño los ejemplares de los informes y publicaciones que me ha ido enviando con su dedicatoria.

*Joaquín Arias
Presidente del GRUPO SUBUS-Autobuses
(Alicante)*

B

Allá por el año 1966 comenzó la relación de la familia Bringas con don Francisco M. Sánchez-Gamborino.

Desde esa fecha las relaciones profesionales dieron el fruto de unas extraordinarias relaciones humanas.

Fueron múltiples las intervenciones profesionales que tuvo en empresas en las que la familia Bringas tenía participaciones societarias.

El desarrollo legislativo de los años setenta y ochenta, referido al Transporte de Mercancías en Régimen de Carga Fraccionada, Agencias de

Transporte de Carga General y de Carga Fraccionada, Líneas de Transporte C.F., M.R. etc, etc, dio lugar a variada legislación para la legalización de la actividad, Asociaciones. etc.

Así intervino con él en diversas reuniones que sirvieron para la gestación del Decreto de Ley 19/1997, la L.O.T.T, etc.

De igual manera trabajamos juntos en foros diversos y así se dio lugar a la creación de las Asociaciones Provinciales: GUITRANS en Guipúzcoa, ASETRAVI en Vizcaya, ANECAF en Madrid y de la Confederación Nacional C.E.T.M.

Sus aportaciones fueron inestimables, su entrega y disposición totales y su talante y colaboración magníficos.

En resumen fue una gran persona, que ha dejado una fructífera huella en este campo del transporte de mercancías por carretera.

Recordándole con mucho cariño.

Paulino Bringas,
Ex-Presidente de T&EISA
(Bilbao)

C

Agradezco profundamente a Francisco la oportunidad que me ha dado de escribir un recordatorio en homenaje a su padre, nuestro buen amigo Paco Sánchez Gamborino.

Tuve la suerte de conocerle a principios de los 80 cuando, en representación de ALSA, acudía a verle para que nos asesorara y dirigiera en asuntos jurídicos que teníamos en tramitación en el Ministerio o, en contenciosos-administrativos.

Los días que venía a Madrid y tenía en mi agenda reunión con Paco, convertían la mañana o la tarde en que me recibía en su Despacho, en un buen día.

Se sentaba en una de las butacas bajas que tenía en su sala, y, siempre con paciencia ejemplar, procuraba, además de darme su escrito que había preparado con antelación, siempre con la ayuda inestimable de Francisco y de Pilar, entrar a fondo en los asuntos con ánimo de enseñar y de convencer, lo cual lo hacía inigualable.

En una actividad económica como es el transporte de viajeros, regulada y con un trabajo administrativo importante para conseguir que te autoricen modificaciones a las líneas que gestionamos, hemos tenido la gran suerte de contar con Paco que, a base de escritos (con negrita y subra-

yados), íbamos teniendo sentencias generalmente favorables gracias a su inestimable ayuda y maestría.

Su minuciosidad era grande. Cuando algo no estaba claro nos decía: hay que hacer un plano con ello, analizábamos mejor los derechos de tráfico, las coincidencias y las prohibiciones; pinta el itinerario: de rojo el propio, en azul los coincidentes, etc.. era una frase que siempre repetía para ponerse en situación y asesorarnos con todo su saber.

La relación con él enseguida trascendió de lo profesional a lo personal y, por ello, mi recuerdo es de gran cariño por la amistad mutua que nos profesamos y de un profundo agradecimiento a un gran abogado que ha sido, en España y Europa, una autoridad en el transporte por carretera.

Javier Carbajo de la Fuente

*Consejero Delegado de ALSA-ENATCAR. GRUPO ALSA
(Madrid)*

Conocía a Paco Sánchez Gamborino "de toda la vida": desde que ASTIC estaba en la calle Doctor Fleming, de Madrid, donde coincidíamos en todas las reuniones de su Junta Directiva, a la que él prestaba su experto asesoramiento, y por supuesto en sus Asambleas y demás actos. En cada una de sus intervenciones, Sánchez Gamborino demostraba un amplio y profundo conocimiento del Derecho del transporte, del que nos beneficiábamos todos los oyentes, aparte de una gran cultura y hasta un fino sentido del humor.

Hoy mi empresa continúa pidiendo frecuente consejo al especializado y prestigioso Despacho que Sánchez Gamborino fundó, y actualmente dirige su hijo Francisco José.

Por eso considero que el homenaje póstumo que se le brinda resulta más que merecido, y además hecho en la forma más adecuada a un gran Abogado: un libro de estudios jurídicos. A este homenaje me sumo de corazón.

Miguel Catalán Urquiola

*Presidente de TRANSPORTES MIGUEL CATALAN, S.A.
(Irún, Guipúzcoa)*

La Asociación de Empresas de Transporte Internacional por Carretera (ASTIC) tributó en el año 2000, en el Casino de Madrid, un homenaje a D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, al que tuve el honor de asistir, como amigo entrañable del homenajeado.

Al publicar ahora la Fundación Francisco Corell un libro "In Memoriam" como homenaje póstumo a D. Francisco Miguel, es mi deseo dejar constancia de los lazos de amistad que desde hace muchos años me

unían con él y para mí, ahora, siempre presente con esa clase de recuerdo que no se puede ni se desea olvidar.

Don Francisco trasladó su residencia desde Valencia a Madrid en 1956. Ya de antes tuve relación con él porque habitualmente me encargaba gestiones profesionales en Madrid, pero fue desde su traslado a esta Capital cuando nuestra amistad se estrechó, fruto del trato personal. Era una gran persona y un magnífico Abogado. De conversación amena y con un sentido del humor patrimonio de su inteligencia. Nuestras charlas se dilataban al tratar los más diversos temas, no sólo profesionales. Yo escuchaba, más que hablaba, como un agradecido recibir de un caudal de observaciones y matices.

Querido Paco: espérame en la Luz Eterna hasta que volvamos a encontrarnos y seguir conversando.

Jose M^a Cobos Bridgman
Gestor Administrativo. Graduado Social
(Madrid)

Guardamos de Francisco Miguel Sánchez Gaborino el mejor de los recuerdos. Desde nuestra presencia en el Ministerio, cuando –siendo yo (D. Jorge) Director General del Instituto de Estudios de Transportes y Comunicaciones- colaboramos en la organización del I Congreso Mundial de Contenedores –Zaragoza, 1981- en que él mismo fue Ponente, junto a otras personalidades de fama internacional, y en evento un éxito, y estando Julia López de Sá en el Gabinete de Legislación ministerial, acordó con Sánchez Gaborino la redacción del art. 9,2 de la Orden de 30 Noviembre 1981, que permitía el derecho de retención por el transportista, de mercancías distintas a aquellas cuyo transporte generó la deuda impagada –lo que tanto favoreció a los transportistas (Orden después derogada por el ROTT)-.

Después, ya ambos (Julia y yo) en CONSULTRANS, seguimos cooperando con su Despacho –por tanto también con su hijo Francisco José- en la redacción de Informes sobre diversas materias: forma de adquirir en España la condición de mediador en transportes (GEFCO), Reglamento de la ley de trasportes de Cataluña, intervención por ellos como Profesores en cursos de formación profesional organizados por nosotros, etc.

A través de estas gratas experiencias compartidas, llegamos a conocer la gran personalidad, no solo profesional, sino también humana, de D. Francisco, y las muchas virtudes que le adornaban. Por eso, igual que participamos personalmente en el homenaje que ASTIC rindió a Sánchez Gaborino en 2000 con motivo del 50 Aniversario de su Despacho, con gran emoción nos sumamos también a éste, igualmente merecido.

Jorge Hernando, Presidente, y
Julia López de Sá, Consejera-Delegada
CONSULTRANS
(Madrid)

La colaboración entre el Despacho de Abogados Sánchez-Gamborino y la Procuraduría Corujo comenzó tan pronto aquél, recién fundado, se instaló en Madrid en 1956. A lo largo de este medio siglo son muchas las batallas judiciales que hemos librado juntos, muchas victorias cosechadas en diversas jurisdicciones -incluido el Tribunal Supremo-, sobre todo en el ámbito del transporte por carretera, en cuya especialidad ese Despacho pronto alcanzó -y sigue ostentando- fama internacional. Puede afirmarse que nuestra historia profesional ha sido siempre compartida. Por eso, lógicamente, ese estimado Despacho participó de la celebración en Diciembre 2003, del Centenario de nuestra Procuraduría, fundada por D. Ignacio Corujo Valvidares y llegada hasta hoy por línea familiar, ostentando hoy la titularidad mi sobrina Isabel Juliá Corujo, bisnieta del fundador.

De toda colaboración, cuando es sincera y generosa, cuando se da entre personas buenas e inteligentes, suele brotar la amistad, y eso es lo que sobre todo nació entre mi padre D. Juan Corujo López-Villamil y D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, que ahora se seguirán gozando mutuamente, libres ya de ataduras terrenales.

De todo corazón nos sumamos a este merecido homenaje, como no podría ser de otro modo en forma de obra jurídica de máxima categoría sobre el tema al que D. Francisco dedicó toda su vida. Y nos congratulamos de que, también en su caso producido el natural relevo generacional, nuestra Procuraduría siga manteniendo estrechos lazos de amistad y colaboración profesional con el Despacho fundado por D. Francisco Miguel, con su fiel secretaria Pilar y por supuesto en la persona de su hijo, discípulo y digno continuador D. Francisco José.

Tania Corujo
Procuraduría Corujo (Madrid)
Fundada en 1903

Desde mediados de los años 60 tuve la doble suerte, personal y profesional, de coincidir asiduamente con D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino.

Nuestros iniciales contactos profesionales fueron caminando hacia una frecuente relación personal y luego a una sincera y profunda amistad.

Sánchez Gamborino nos ayudó mucho en la preparación jurídica necesaria para el desarrollo de ALSA. Fue nuestro principal Asesor durante varias decenas de años.

Guardo un recuerdo muy especial de nuestras entrevistas y destacaría de ellas su gran capacidad de trabajo. Como yo me desplazaba desde Asturias a Madrid para realizar diversas gestiones, siempre D. Francisco Miguel me recibía a las 8 de la mañana, para que luego yo tuviera tiempo y continuar con otras visitas. Y cuando me recibía siempre aclaraba, concretaba y definía exactamente los temas que teníamos entre

manos y que durante mucho tiempo él fue encaminando hacia soluciones jurídicas favorables.

Finalmente tengo un recuerdo especial a su calidad de gran conversador y a la vasta cultura que poseía. En verdad siempre disfrutaba en nuestros encuentros.

José F. COSMEN ADELAIDA
Apoderado del Grupo ALSA
(Oviedo)

D

Conocí a D. Francisco nada más “aterrizar” en el Sector y de esto hace más de 30 años, y ya en aquellos momentos era “la referencia” ante cualquier tema relacionado con el transporte.

Su sagacidad, su capacidad de síntesis, el profundo conocimiento del Derecho del transporte, su equilibrio y su destreza para conciliar, eran notorios.

A nadie se escapa que su obra y contribución a todos los Subsectores del transporte de mercancías y viajeros han sido vitales.

Angel E. Díez Cornago
Gerente de ARAÑA
Presidente de la Asociación Navarra
de Empresarios de Transporte y Logística (A.N.E.T.)
(Pamplona)

Tras participar personalmente en el homenaje que ASTIC brindó a Francisco Miguel Sánchez Gamborino en el año 2000, con motivo del 50 Aniversario de su Despacho de Abogados -cuyo prestigio ha sabido mantener, tras su fallecimiento, su hijo y discípulo Francisco José-, nos adherimos ahora a esta nueva muestra de reconocimiento por la Fundación Francisco Corell, que además se presenta en la forma que más gustaría a un jurista del nivel de Paco, como le llamábamos sus amigos y clientes: un libro de estudios sobre Derecho del transporte por carretera, su especialidad, escrito por los más importantes autores, españoles y extranjeros, sobre la materia, muchos de ellos amigos y colaboradores de Paco, en la Comisión Jurídica de IRU y otros muchos foros del mayor nivel que frecuentaba. Desde la tierra para el cielo, Paco, otra vez enhorabuena.

Carlos Donat Silvestre
Presidente de TRANSDONAT, S.A.
(Valencia)

E

A comienzos del año 1980 el Centro de Estudios Comerciales (CECO) de la Cámara de Comercio de Madrid me propuso organizar un curso sobre transporte internacional de mercancías. Mi escasa experiencia en aquel momento, tanto sobre formación como sobre transporte, me aconsejó pedir ayuda a personas experimentadas en ambos aspectos.

Así entró en mi vida Paco Sánchez Gamborino, recibíendome en su Despacho de siempre, con la generosidad y buen estilo que formaban parte integral de su forma de entender la vida. Yo ya sabía, por mis lecturas y mis amigos, que Paco era una personalidad relevante en el mundo jurídico del transporte, pero no había tenido hasta entonces la oportunidad de ver en acción el equilibrio entre su gran categoría profesional y su sencillez humana, impregnadas, eso sí, de una delicada ironía levantina que a nadie podía ofender.

Un maestro es alguien que enseña y sabe hacerlo. Paco lo fue como pocos mediante libros, artículos, conferencias y para mí también en charlas privadas. Sus opiniones y consejos sobre infinidad de temas y muy especialmente sobre transporte multimodal, de cuyo estudio fue un pionero, me han servido de base para desarrollar muchas de mis iniciativas profesionales.

Por ello, como discípulo agradecido, me siento muy honrado en adherirme a este homenaje, dejando constancia de mi afecto y respeto por su figura que, y eso le honra también, ha sabido prolongar su vida y su magisterio en la persona de su hijo.

Con un abrazo de tu amigo. Hasta siempre, Paco.

Juan José Enríquez de Dios
Doctor Ingeniero Naval
Director del Instituto INETI Marine
(Madrid)

Nos adherimos sincera y cordialmente al homenaje póstumo cristalizado en este importante libro jurídico, que la Fundación Francisco Corell con toda justicia tributa al Abogado D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino.

Con su prestigioso Despacho, ahora seguido por su hijo Francisco José, nuestra Procuraduría ha tenido la satisfacción de colaborar desde hace muchos años, sobre todo en materia de transporte por carretera, su especialidad. Y además, en una deseable sucesión generacional paralela -en nuestro caso, venida de mi padre y colega, D. Saturnino Estévez Rodríguez-, que ha añadido experiencia acumulada y en definitiva valor a nuestro trabajo, y hecho pleno el mutuo entendimiento y la confianza recíproca, en una siempre grata relación nacida como colaboración y evolucionada en amistad.

A este homenaje, se suma el Consejo General de Procuradores de España, que me honro en representar, ya que D. Francisco Miguel fue

siempre persona presta a colaborar con esta profesión y sus integrantes.

Juan Carlos Estévez
Presidente del Consejo General de Procuradores de España
(Madrid)

F

Nos sumamos a este merecido y póstumo homenaje al Abogado D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, con quien –allá por los años ochenta- D. Juan Gómez-Lobo, primitivo titular de nuestras concesiones de autobuses, empezó la relación, y hoy seguimos trabajando con su hijo Francisco José, que continúa al frente del Despacho.

La atención que siempre recibimos de D. Francisco fue cordial e impecable, presidida por su gran conocimiento del Derecho de transportes, en el que fue pionero, y su capacidad de síntesis: con sólo un vistazo se percataba de cuál era el problema a consulta, cuáles nuestros servicios que corrían peligro y que se trataba de defender, tanto ante la Administración Pública como ante los Tribunales de Justicia.

Le consideramos un gran profesional, y depositamos en él toda nuestra confianza, siendo en el orden humano un perfecto caballero, persona de trato exquisito, culto y de grata e interesante conversación. Por eso, estamos seguros de que apreciaría esta colección de trabajos jurídicos de alto nivel, hecho *ex profeso* en su honor.

Crisóstomo Fernández-Baillo
AUTOCARES CRIFERBA, S.L.
Herencia (Ciudad Real)

Conocí personalmente a D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino en su Despacho de Abogado de Madrid, en Enero de 1973. Antes ya le conocía por sus publicaciones y por las citas que de sus trabajos hacían los libros de Derecho.

Desde entonces, desde esa primera visita, se estableció una colaboración de asesoría jurídica para mi empresa que terminó en entrañable amistad. Se le encomendaron desde esa fecha todos los asuntos jurídicos de la Empresa de alguna importancia y algunos hasta decisivos para nosotros, y todos se fueron resolviendo satisfactoriamente. Con el tiempo, como decía anteriormente, la amistad se fue fortaleciendo y tuve la honra de asistir, acompañado de mi hijo mayor, al homenaje que se le rindió el 6 Noviembre 2000 en el Salón Puerta del Sol, del Casino de Madrid, con motivo del cincuentenario de la fundación de su Bufete, organizado por la Asociación del Transporte Internacional por Carretera (ASTIC) que amablemente me invitó y a la cual una vez más quiero expresar mi agradecimiento. A este homenaje se sumaron otras Asociaciones como FENEBUS.

Actualmente esta relación de asesoría jurídica y amistad se mantiene con su hijo y primer colaborador Francisco José.

Vaya con estas líneas mi recuerdo emocionado para el gran jurista del transporte y excelente amigo.

Marcelino Freire Núñez
Presidente de EMPRESA FREIRE, S.A.-Autobuses
(Santiago de Compostela)

G

¿Quién es ese Gamborino?, me preguntaba yo cuando, en mis inicios ya hace una treintena de años, algunos compañeros de profesión me recomendaban visitar al ilustre letrado ante un importante problema de transporte que entonces tenía.

Pues es el mejor. El “number one”. En transportes terrestres no hay otro como él.

Con esta carta de presentación solo me restó pedir una cita y....enseguida comprobé que no me habían engañado.

Siguieron muchas horas, muchos días, muchos años escuchándole, departiendo largas charlas, siguiendo sus consejos y disfrutando de sus siempre magistrales lecciones...

Ante mis iniciales temores de recibir a tiempo un escrito importante me tranquilizaba siempre con “No se preocupe, Lisardo, que le llegará seguro...”. Cuando no llega una carta es cuando no se envía a su debido tiempo y entonces se le echa la culpa a Correos....

Y quizá, entre otras afinidades, porque ambos éramos muy meticulosos, pronto surgió la sincera amistad con que me distinguió hasta que el destino quiso llevárnoslo.

Era un placer ver el mimo, el orden, la meticulosidad, la profesionalidad que dedicaba a todos los asuntos y el cariño con que siempre recibía a todo el mundo.

Su falta ha dejado un vacío irrellenable.

Los transportistas hemos perdido al gran maestro.

Y yo, a un extraordinario amigo a quien siempre tendré en el mejor de mis recuerdos.

Lisardo García
Presidente de TRANSPORTES RECOLLO, S.A.
(Mieres, Asturias)

Gracias a Francisco José Sánchez-Gamborino por invitarme a participar en este libro homenaje, de la Fundación F. Corell, a la memoria de su padre, el gran jurisconsulto del transporte en España.

En mi opinión Paco Sánchez-Gamborino padre unía a su gran experiencia y profundos conocimientos del Derecho del Transporte, una generosidad y deseo de ayudar y colaborar desinteresadamente con cualquier entidad o persona que trabajase en temas compatibles con su Bufete altamente especializado.

Cuando conocí a Paco, hace cerca de treinta años, le pedí que me ayudara en el lanzamiento de nuestra revista "TRANSPORTE-3". Necesitábamos una persona que conociese a fondo el transporte español desde el punto de vista legal, incipiente como era entonces, con enormes lagunas jurídicas que demandaban una puesta al día urgente. Queríamos que el lector asimilase con sencillez y claridad lo que necesitaba en su profesión de transportista. Él era la persona clave. Aceptó enseguida pensando que las revistas del sector en general no prestaban el suficiente apoyo a los temas jurídicos y proponiéndome unir al equipo que lanzaría "TRANSPORTE-3" a otros dos letrados también expertos en temas del transporte: Enrique Mapelli, Director de la Asesoría Jurídica de Iberia y Secretario General del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, y a Joaquín Hevia, Director del Departamento Jurídico de la Asociación de Navieros de España (ANAVE). Cada uno como expertos en transporte terrestre, aéreo y marítimo, respectivamente, fueron los responsables de estos tres sectores en nuestras páginas.

Por razones de especialización y marketing, poco después "TRANSPORTE-3" se ciñó únicamente al transporte terrestre, dirigiendo Sánchez Gamborino todos los temas legales de la revista.

Pues Sánchez Gamborino tenía pluma fácil y profunda, redactaba con claridad los a veces farragosos temas jurídicos y la continuidad de sus artículos hicieron que nuestras páginas fuesen altamente valoradas por las empresas de transporte. Alguna vez oí calificar a nuestra revista por estos temas como la "Cátedra del Transporte".

Por aquellos primeros años -1977- ya escribió artículos sobre temas como la huelga y la irregularidad de los servicios públicos, la ordenación del transporte de mercancías perecederas, los transportes en el borrador de la Constitución, etc. todos del mayor interés en aquellos años de nuestra incipiente democracia.

Con el paso de tiempo Sánchez Gamborino, o mejor Paco como le llamábamos los amigos, siguió escribiendo, sin faltar a ningún número de "TRANSPORTE-3", artículos de la mayor actualidad y calidad, explicando y criticando si era preciso, la evolución de las nuevas leyes, decretos y reglamentos que se irían promulgando, o jugosos comentarios sobre los vacíos o cambios legales que necesitaba nuestra legislación de materia de transporte.

Han pasado los años y después ya en su ausencia ha tomado el testigo su hijo Francisco José, también muy temprano colaborador de nuestra Revista, que ha sabido recoger la gran experiencia de su padre y mantener el prestigio que en el campo jurídico español del transporte sigue teniendo el apellido Sánchez-Gamborino”.

Jesús Gómez Llorente

*Director de la Revista “TRANSPORTE-3”
(Madrid)*

I

Guardo un magnífico recuerdo del Abogado D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino. En el principio de los años 80 tuve el placer de conocerle, recientemente incorporado yo a la Secretaría General de lo que entonces se llamaba AND-CONETRANS. Deslumbraba a un joven ingeniero como yo con su sabiduría y su experiencia en materia de transportes, y no sólo en aspectos jurídicos, sino también sobre el funcionamiento del sector, y del mundo social y económico que lo rodeaba. Era un “libro abierto”.

Años después, ya refundada la CETM, contamos con su colaboración como experto en todo el proceso de elaboración de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres -LOTT-, en la cual su consejo y visión fueron una ayuda permanente para quienes tuvimos la responsabilidad de representar al mundo del transporte en esa negociación con la Administración de entonces, encabezada por Manuel Panadero, quien estaba rodeado de un magnífico equipo de juristas, entre los que destacaba Adolfo Barrio. Fue un proceso largo, denso, incluso tirante en ocasiones, pero que ofreció como resultado un marco legal que ayudó a modernizar el transporte español, el cual substancialmente sigue vigente a día de hoy, casi veinte años más tarde. Sánchez Gamborino fue un gran colaborador en aquella enorme tarea, y confrontó con rigor y con brillantez su opinión con la de otros significativos juristas tanto de la patronal como de la Administración, con el resultado del citado nuevo marco legal para el transporte.

Por completar mi opinión sobre Sánchez Gamborino, debo añadir su magnífico talante humano. Combinaba una exquisita educación con su capacidad para transmitir sus conocimientos de manera llana y sencilla. Nunca mostraba esa “prepotencia” a la que tan dados son los que han alcanzado altas cimas profesionales en su materia. Era accesible y amable para quienes a él acudían, y casi profesoral en la transmisión de sus opiniones, en sus colaboraciones profesionales. Sin duda, en el recuerdo de quienes le conocimos, ha dejado una huella que sólo pocos dejan.

Alfredo Irisarri Castro

*Ex-Presidente de la Confederación
Española del Transporte de Mercancías (CETM)
Consejero Delegado de SPIM
(Madrid)*

J

De origen levantino, igual que tú lo eras, amigo Paco, y afincados en Andalucía desde hace muchos años, iniciando la actividad de transporte de viajeros por carretera en la provincia de Cádiz, tuvimos ocasión de recurrir a ti, a sabiendas de que tu especialización estaba asentada en el campo del transporte tanto de viajeros como de mercancías, como nuestra familia muy bien tuvo ocasión de comprobar cada vez que era necesario.

En el devenir diario de esta nueva actividad, que iniciamos en el año 1955, nos surgieron cantidad de problemas de los que muchas veces te teníamos que hacer partícipe, con la tranquilidad de que siempre tenías la solución apropiada para cada cuestión planteada. Todo ello tenía a favor la satisfacción de poder establecer un trato personal contigo, unas veces en tu Despacho de la calle Doctor Gómez Ulla en Madrid, y alguna que otra vez en tu casa de El Escorial con nuestras respectivas familias.

Para mí ha sido muy congratulante haber tenido ocasión de entablar una magnífica relación tanto profesional como personal contigo y con tu familia.

Un fuerte abrazo, y hasta siempre.

Angel Juan Rico
Presidente de AUTOCARES RICO, S.A.
(San Fernando, Cádiz)

A mi buen amigo Paco Sánchez Gamborino tuve la suerte de conocerlo allá por la primera mitad de la década de los cincuenta -de la mano de Don Gerardo Robredo, de la Agencia "El Rayo" de Valencia, y de Don Enrique Boj, de la Agencia "Boj Hermanos" de Barcelona-, recién terminada su carrera de Abogado, dedicándose por completo a los temas de transporte de viajeros y mercancías por carretera, donde, como todos sabemos, obtuvo grandes éxitos.

Con los consejos de los Sres. Robredo y Boj, y el buen hacer de "Paco Gamborino" pude conseguir para nuestra empresa "madre", Viuda de Tadeo Juan, S.A. las famosas "Tarjetas MR", imprescindibles para poder realizar el transporte de élite en aquella lejana época, o sea, los "servicios regulares de carga fraccionada" que tanto recordarán algunos colegas, las cuales eran muy difíciles de obtener, pero que conseguimos con su encomiable colaboración.

Más adelante, y ya al frente de EXIT,S.A., y dedicados plenamente al transporte internacional, siempre encontrábamos el consejo y el refugio necesarios y acertados para el buen devenir del día a día en nuestro grupo de empresas, metas que en algunas ocasiones no resultaban nada fáciles de conseguir.

Estimado Paco: siempre estarás en mi memoria, siendo un orgullo para todos nosotros el haber disfrutado de tu amistad, tanto a nivel profesional como familiar. Hasta siempre.

Vicente Juan Rico
Presidente de TRANSPORTES EXIT,S.A.
(Alcoy, Alicante)

K

Después de más de treinta y cinco años de tratar a D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, creo que le llegué a conocer bastante bien.

En mi relación con el profesional del derecho tengo que señalar lo acertado de sus dictámenes y en general del enfoque de cuantos asuntos jurídicos le encomendamos, obteniendo pronunciamientos favorables a nuestros postulados en diferentes instancias jurisdiccionales. Como hombre de leyes era, desde luego, un campeón en lo que llamaríamos “juego corto”: en el procedimiento administrativo, con una argumentación ágil y una contestación rápida en alegaciones y audiencia, propias de un escrito de información pública, incluso de un recurso de alzada, cuando los plazos breves exigen muchos reflejos y, por supuesto, un conocimiento exhaustivo -como él tenía- de la legislación del transporte. Así sucedió, por ejemplo en las modificaciones que se plantearon en nuestras concesiones de líneas regulares entre Logroño y San Sebastián. Pero al mismo tiempo, siguiendo el símil deportivo, era un “corredor de fondo”: una persona que cree en la justicia de una causa y lucha, durante años si es necesario, hasta conseguir que se reconozca. Como comprobé, cuando en 1980 la Administración nos denegó una importante solicitud concesional, pedida conforme a la reglamentación jurídica del momento. D. Francisco Miguel no cesó hasta obtener una sentencia favorable de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia, hasta que Sus Señorías mandaron imperativamente a la Administración que actuase conforme a derecho.

Este permanente contacto con un gran profesional y una persona de bien tuvo necesariamente que hacer florecer la amistad y confianza en su persona, como de hecho sucedió. Luego todavía ha sido más enriquecedor, pues hubo en su caso y en el nuestro, una sucesión generacional, de modo que mi hijo Ernesto, actual director de la Empresa, ya trata directamente con su hijo y sucesor Francisco José, que continúan con el mismo exigente y recto camino. Por eso, es para nosotros un honor y un placer unirnos a este más que merecido homenaje jurídico-bibliográfico.

Ernesto Kahle Villayandre
Presidente de LA ESTELLESA, S.A. - Autobuses
(Pamplona)

L

Enterado por, el Abogado español Francisco José Sánchez-Gamborino, Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU, sobre la publicación de este libro-homenaje a la figura de su ilustre padre y colega D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, me adhiero gustosa y muy sinceramente al mismo.

Tanto a nivel nacional como internacional, el Sr. Sánchez Gamborino padre ha realizado estudios de la máxima calidad, en beneficio de la profesión de transportista por carretera y de quienes la ejercen.

Compruebo ahora además, con satisfacción que su hijo continúa estas actividades con el mismo espíritu de objetividad y colaboración a favor de un transporte por carretera inscrito más que nunca en la línea de un desarrollo sostenible, de la seguridad y de la flexibilidad.

Por eso, con gran placer y emoción, la Sra. Carine Bergers, Jurista de la Federación Belga de Empresarios de Autobús y Autocar (FBAA, Bruselas) presenta como contribución para la parte de fondo de este libro un panorama de la normativa aplicable al transporte de viajeros por carretera en Bélgica.

Paul Laeremans
Presidente
Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU)
(Ginebra, Suiza)

Nuestra amistad con D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino se remonta a principios de los años setenta, cuando esta Empresa era de titularidad de D. Vicente López Antuñano, que realizaba transporte de viajeros en sus líneas de C.Villalba, Moralarzal, y otros lugares de la Sierra, y su relación con Madrid, además de lo que hoy se conoce como transporte de uso especial (escolares y trabajadores).

Don Francisco Miguel nos llevó multitud de asuntos, tanto ante la Autoridad administrativa (alegaciones en información pública, recursos, etc) como ante los Tribunales de Justicia, donde cosechó importantes éxitos, incluida la Sentencia de 16 Abril 1984 ganada ante el Supremo, que confirmó nuestro derecho a realizar tráfico C.Villalba-Madrid.

Hoy seguimos manteniendo una excelente relación con el Despacho, que regenta su hijo y discípulo.

Y gustosamente nos sumamos a este merecido homenaje al maestro y amigo D. Francisco Miguel.

Francisco Larrea Segovia
AUTOBUSES FRANCISCO LARREA, S.A.
Moralzarzal (Madrid)

Conocí a D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino (q.e.p.d.) hace muchos años y guardo con mucho cariño y añoranza algunos de sus trabajos y publicaciones. Por ejemplo:

“Las Mermas Naturales en el Transporte de Mercancías por Ferrocarril” (una edición de “AUTO REVISTA”, Madrid 1963), que se aplican a la carretera por analogía a lo que sucede en el transporte ferroviario.

“Régimen Jurídico de las Agencias de Transporte” (Madrid 1963).

“Agencias de Transporte” (Madrid, 1988).

Después nos hemos encontrado en Congresos de CETM, reuniones internacionales en Bruselas y otros lugares, y en reuniones monográficas del mismo carácter siempre sobre transporte de mercancías por carretera.

Guardo un gran y entrañable recuerdo de Sánchez Gamborino, persona que, en toda ocasión en que le haya pedido consejo o ayuda, siempre me ha atendido con entera claridad y competencia y dado consejos y normas que han sido muy útiles para nuestros asociados.

Al conocer la iniciativa de la Fundación Francisco Corell (Madrid) que se propone publicar un libro “In Memoriam”, he aceptado muy complacido aportar al mismo estas pocas letras en su homenaje, y manifiesto mi aprecio y mi mejor consideración al mismo.

Hermilo Larumbe Echavarri

*Presidente de la Confederación Empresarial
de Transportes por Carretera de Cataluña -TRANSCALIT-
(Barcelona)*

M

La Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU) expresa su mayor gratitud al Abogado español, recientemente fallecido, D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, por los servicios prestados y su participación tan útil y constructiva como Representante Jurídico de la Asociación española de empresas transportistas ASTIC.

Destacamos su competencia y su preciosa sabiduría, con las cuales contribuyó, durante muchos años, al éxito de los trabajos de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la IRU, donde alcanzó fama internacional como especialista en el ámbito del Derecho de los transportes por carretera.

Su dedicación y su ilimitado sentido del compromiso, de las que ha beneficiado enormemente a dicha Comisión jurídica a lo largo de su carrera profesional, ha coadyuvado en gran medida a la armonización del Derecho de los transportes en Europa.

Martín MARMY

*Secretario General
Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU)
(Ginebra, Suiza)*

Los más de 25 años durante los que hemos mantenido continuos contactos profesionales con D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino nos permiten afirmar con suficiente conocimiento y rotundidad que hemos conocido a un cualificadísimo experto en los aspectos jurídicos del Sector del transporte por carretera en todas sus vertientes.

Personalmente, si algo sabemos de la aplicación del Derecho Administrativo en nuestro Sector de transportes se lo debemos a D. Francisco Miguel, al que consideramos, por ello, nuestro Maestro en esta materia; aprendimos de él -al margen del conocimiento específico de la legislación aplicable a cada caso- su forma de exponer los asuntos con enorme claridad y su pormenorizado análisis de la situación concreta, que permitía obtener una perfecta visión, cuestión nada fácil en un sector de complejas relaciones jurídicas entre particulares y Administraciones Públicas.

Pero, sobre todo, debemos destacar su faceta humana que, si cabe, superaba su profesionalidad: persona franca, sencilla y cercana, de quien siempre recibimos un trato humano, que enseguida se ganaba la confianza de su interlocutor.

Siempre le tendremos en nuestro recuerdo.

Luis Martín Navarro
Director de EMPRESA CASAL, S.A.- Autobuses
(Sevilla)

Querido amigo Paco,

Enterado del propósito de que la Fundación Francisco Corell publique un libro "In Memoriam" como homenaje póstumo a tu querido padre y amigo nuestro D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino (q. e. p. d.), nos complace que la Fundación reconozca, de justicia, la inmensa labor desarrollada por tu padre durante más de 50 años como Asesor de empresas de transporte por carretera tanto en los antiguos sindicatos como en ASTIC.

Podríamos decir que este homenaje se le hace a un gran profesional que fue pionero en el Derecho del Transporte, habiendo asistido (creo) a todos los Congresos de la IRU, participando en los mismos activamente, redactando o corrigiendo normativas europeas, etc.

Ya en 1955 asistimos al 1er Congreso de la IRU en Roma junto a ocho empresarios del Transporte Internacional: Mateu, Ruiz, Concepción, Meliá (viajeros) y otros.

El sector del transporte estará siempre agradecido de poder haber contado con un profesional tan trabajador y autor de numerosos libros que son imprescindibles para cualquier empresario.

También participó en las reformas de las Leyes sobre Transporte, redactando escritos que los Ministerios aceptaban sin modificarlos, etc.

En fin, no me cansaría de citar sus virtudes y elogiar su amor al transporte.

Agradezco el haberlo conocido y haber tenido la oportunidad de disfrutarlo durante más de 50 años.

Un fuerte abrazo mío y de mis hermanos, que naturalmente también se adhieren a este merecido homenaje.

Federico Martín Pescador
Presidente de TRANSPORTES A. MARTÍN, S. A.
(Albuixech, Valencia)

Nuestra querida región valenciana ha dado grandes empresas de transporte, y también brillantes juristas, ocupados en solucionar los problemas de aquéllas.

Entre estos abogados destaca la figura de Francisco Miguel Sánchez Gamborino, pionero del Derecho del transporte en España y maestro sin igual durante muchos años, según sabemos por nuestra relación de cliente de su prestigioso Bufete –que ahora con tanta dignidad dirige su hijo Francisco José- y por nuestro contacto en muchas reuniones de ASTIC en que hemos coincidido.

En estos contactos hemos podido comprobar, aparte de su profundo conocimiento de las leyes, sus altos valores humanos y su gran sentido de la amistad, todo lo cual hacen este libro-homenaje más que merecido.

José Mazo Martínez
Presidente de TRANSPORTES MAZO HERMANOS, S.A.
(Alzira, Valencia)

Me honro en sumarme a este merecido homenaje a Francisco Miguel Sánchez Gamborino con los párrafos que siguen.

Mi relación de amistad con él data de hace muchos años, muchísimos, los de finales de la década del 40. Ambos nos licenciarnos en Derecho en la vieja Facultad de la Calle de la Nave, en Valencia. Paco me llevaba dos cursos de ventaja, lo que me vino muy bien pues así pude utilizar, cuando me llegó mi vez, gran parte de su trabajo de clase de diferentes asignaturas, cuyos Profesores no se ceñían a un determinado libro de texto y que por ello resultaba un poco dificultoso encontrar (apuntes y trabajos, bibliografía, etc.), todo ello muy pulcramente ordenado y pasado “a limpio”, que me fue de grandísima utilidad.

Apuntaba ya en Paco -que es como le hemos llamado siempre sus amigos- su preocupación por el trabajo bien hecho y una exposición clara y metódica de los temas que trataba, que unos años más tarde -al encontrarnos de nuevo, esta vez en Madrid (pues al finalizar nuestros estudios en la Universidad habíamos emprendido caminos diferentes, en lugares muy distantes uno del otro)- y profundizar en nuestra relación de antaño, pude comprobar reflejada en sus espléndidas publicaciones especializadas, ya que Paco se había convertido en toda una autoridad profesional en el amplio espacio jurídico que tenía por objeto el Ramo de Transportes.

Mi reencuentro con él tuvo lugar en el año 1960 en la Biblioteca del Colegio de Abogados de Madrid, a donde me había encaminado -recién instalado yo en esta Capital ejerciendo la profesión- el estudio de un complicado asunto de un cliente en materia de Derecho Administrativo que me llevaba a mal traer y sin embargo pude resolver felizmente gracias a ese encuentro y a las indicaciones que de su parte recibí, como también de quienes fueron grandes amigos suyos y, posteriormente, muchos años después, compañeros míos en el Supremo, José Luis Martín y Juan Muñoz Campos, que casualmente se encontraban allí con él.

A partir de ese momento nuestra relación personal fue intensa y entrañable, ya que con independencia de nuestras reuniones con el grupo de valencianos, compañeros de curso de Paco, y que pasaron también a ser grandes amigos míos -el ya mencionado Juan Muñoz Campos, Enrique Cerezo Carrasco, Manolo Ramos Armero, etc., con quienes, junto a nuestras esposas, salíamos casi todos los fines de semana a cenar-, tuve ocasión de colaborar profesionalmente con él, trabajando juntos en temas de su especialidad -aunque siempre subordinado a sus extensos saberes, pues, como dije antes, en esta profusa rama era un auténtico maestro- en múltiples ocasiones, primero por mi vinculación personal con algunos de los componentes del Grupo de transportistas, que giraba bajo la denominación de "Comercial Terrestre y Marítima", que le contaba como asesor permanente (Don Jose Maria Aguilar Campderrós, "Deux ex machina" de aquella, no daba un paso sin contar previamente con su parecer) y unos años después con motivo de mi incorporación como directivo a la mercantil CAVE,S.A., también como la anterior, puntera en esta actividad, Paco fue siempre el referente amable, ponderado, competente, serio y honrado a quien había que acudir: conferenciante, publicista, muy bien relacionado, estupendo jurista y, sobre todo, enteradísimo en lo suyo. ¡Y todavía mejor amigo!. Hemos lamentado mucho su desaparición.

Afortunadamente tuvo la gran satisfacción de que Dios le dejó tiempo sobrado para ver que su esfuerzo y dedicación profesional no iban a ser baldíos, sino confirmados en la persona de su hijo Francisco José, a quien tuve la alegría de apadrinar hace más de veinticinco años, en su incorporación al Colegio de Abogados de Madrid, y que en el que empezó siendo Bufete de su padre se ha demostrado ya como eficaz continuador.

Francisco Mayor Bordes
Magistrado del Tribunal Supremo (ex)
(Madrid)

Hemos tenido conocimiento de que la Fundación Francisco Corell estaba preparando un libro-homenaje póstumo a nuestro buen amigo y colaborador D. Francisco Miguel Sánchez Gaborino, y hemos querido manifestar nuestra más cordial adhesión a tan hermosa y merecida iniciativa.

En efecto, el Abogado Sánchez Gaborino fue uno de los más asiduos colaboradores de esta Revista, desde fechas tan tempranas como 1950, siempre con magníficos artículos sobre el Derecho de los transportes –de viajeros o de mercancías-, sobre todo del transporte terrestre, su gran especialidad.

A lo largo de sus intervenciones literarias –como si se tratara del programa de una asignatura- estudió, uno tras otro, casi todos los aspectos más importantes de este Derecho sectorial: la formación del contrato, la responsabilidad del porteador, el precio del servicio, los plazos de prescripción, los procedimientos de reclamación, etc. Normativa que él como ninguno contribuyó a sistematizar y analizar, y en la que –comparando la normativa española del transporte por carretera con la de otros países (que él conocía bien, por su presencia continuada en el Comité Jurídico de la Unión Internacional de los Transportes por Carretera, IRU), o con la aplicable a otros modos de transporte-, formuló valiosas sugerencias legislativas, que en efecto fueron recogidas en varias disposiciones de diverso rango.

Felizmente, Sánchez Gaborino entregó la valiosa antorcha a su hijo Francisco José, que sigue dignamente su especialidad, con prestigioso Despacho y firma presente cada tres meses en nuestras páginas.

Aurelio Menéndez Menéndez

*Director de la REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
(Madrid)*

Conocí al Abogado español D. Francisco Miguel Sánchez Gaborino en los trabajos de redacción de la Convención sobre Responsabilidad por daños causados con ocasión del Transporte de Mercancías Peligrosas (CRTD) en Roma, en los cuales participó activamente adjunto a la Delegación de IRU; allí demostró su gran conocimiento del Derecho de los transportes y también su carácter simpático y bondadoso, que dio lugar a una buena amistad y colaboración, después mantenida con su Despacho -con su hijo y colega Francisco José- mediante artículos suyos en nuestra Revista *Uniform Law Review* y en la relación de corresponsalía que seguimos manteniendo.

Por eso, UNIDROIT y mi persona nos adherimos muy sinceramente a este merecido homenaje póstumo.

Frédérique Mestre

*Oficial Encargada de Investigación Jurídica
Instituto para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT
(Roma, Italia)*

P

Recuerdo con satisfacción aquellos tiempos en los que empezamos a colaborar en los difíciles entramados del “Sindicato Vertical”, cuando veíamos como una necesidad ineludible fundar una agrupación que nos diera la entidad suficiente para podernos representar en sus inicios ante los Organismos internacionales, cosa harto difícil en los tiempos en los que por motivos políticos no era posible formar Asociaciones de ningún tipo.

Para el desarrollo de todo esto era imprescindible tener a una persona de gran carácter, profesionalidad y excelente jurista, como lo fue D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, que nos orientara en nuestros comienzos.

Además, en los momentos complicados que vivimos en nuestra empresa, a raíz de los robos sufridos en Italia durante los años 70 y 80, con la consiguiente reivindicación de nuestros intereses ante las Compañías aseguradoras, así como ante las reclamaciones por clientes, D. Francisco Miguel nos defendió con gran acierto, y me consta que algunos de estos casos han sentado Jurisprudencia.

También quiero recordar sus expertas publicaciones sobre la materia y su asesoramiento, tanto a nivel de empresa privada como de la Asociación ASTIC.

Los que hemos sido precursores en este proceso sabemos apreciar el valor de un buen profesional, como lo era D. Francisco Miguel, máxime cuando el conocimiento jurídico de nuestro entorno era tan escaso como generalmente ineficiente.

Pedro Padrosa Puignau
Presidente de TRANSPORTS PADROSA, S.A.
(Figueres, Gerona)

Sólo unas breves líneas para recordar al amigo Francisco Miguel Sánchez Gamborino en un libro en su memoria, que creo muchos de los que hemos vivido el transporte en sus diversas modalidades tenemos permanentemente presente.

En mi caso concreto, debo decir que en mi paso por la entonces Dirección General de Transportes Terrestres y después por la Secretaria General para los Servicios de Transportes, tuve la ocasión de tratarle y a través de ello, conocer su profunda humanidad, “empaparme” de sus profundos conocimientos jurídicos y sobre todo y muy especialmente, recibir sus sugerencias y observaciones al entonces borrador de Anteproyecto de la después Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), aportaciones estas que sin duda sirvieron para mejorar la calidad jurídica del texto de la futura LOTT y eliminar algunas de las lagunas que sin sus aportaciones, hoy existirían en nuestro texto legal.

Por supuesto, esas mismas aportaciones están en muchas de las disposiciones que, bien referentes al transporte de viajeros o bien al de mercancías, vieron la luz en esos años, y estoy seguro que también en las de antes y después del periodo en el que yo ostenté responsabilidades públicas en el sector del transporte.

Pero sobre todo lo que más admiré en él era su sencillez y afabilidad humana, su forma magistral de trasladar sus conocimientos, y la enorme claridad de sus exposiciones.

Descanse en paz el maestro, que hoy vive en la memoria y el recuerdo de los muchos que tuvimos la enorme suerte de conocerle y tratar con él.

Manuel Panadero López

*Director General de Transportes Terrestres (1982-91) y
Secretario General para los Servicios de Transportes (1991-96)
MINISTERIO DE TRANSPORTES
(Madrid)*

Nombrar en casa a Francisco Miguel Sánchez Gamborino es tanto como conmemorar algo vital y exultante para el desarrollo de nuestro negocio de transportes, al que entregamos lo mejor de nosotros mismos.

Nuestros padres nos dieron el primer impulso para iniciar esta tarea empresarial, pero sin duda las magistrales enseñanzas que emanaban de tan ilustre persona referidas al transporte propiciaron nuestro desarrollo en un momento en que las Leyes que lo regulaban casi brillaban por su ausencia.

Tuve la suerte de conocer a D. Francisco Miguel hace ya alrededor de medio siglo, con motivo de la celebración de una reunión anual del Grupo transportista de "La Camerana", y su impacto fue no solo intenso, sino también perenne. Me consta que esa admiración y respeto lo compartía no sólo la "familia Camerana" sino de forma muy especial nuestro querido e inolvidable Presidente D. Jose Bonet Concabella, igual que su Secretario D. Manuel Alvarez Tomé.

En las reuniones comerciales sus intervenciones impedían cualquier intención de somnolencia, a veces tan propicia en esta clase de eventos, porque su enorme preparación y profunda dedicación, unidas a su desbordante inteligencia, atraían plenamente la atención de los asistentes y los inducía a tomar notas con toda clase de matices que, a la larga, se convertían en pura doctrina a la que acudíamos en momentos de zozobra, puesto que nos resolvía cualquier duda de forma positiva para el desarrollo de nuestra cotidiana labor.

Para mí, en particular, como responsable directo de Transportes Pons, de AERPONS, de Naviera TRANS-BALEAR y últimamente de CAME-

RANA, sus sabios consejos -que siempre impartía de forma generosa- me resultaron como “maná llovido del cielo”, y ello creó en mí una sensación de agradecimiento que fue incrementándose en la misma proporción que fui conociéndole y tratándole, hasta que, con el tiempo, nuestra relación quedó cimentada en el sello de una sincera amistad con la que siempre me sentí profundamente honrado.

Antonio Pons Llabrés
Ex-Presidente de AERPONS
(Palma de Mallorca)

Es un honor para mí poder participar en el presente libro-homenaje que la Fundación F. Corell brinda al abogado Don Francisco Sánchez Gamborino, con cuyo Despacho especializado en transporte la Empresa que actualmente dirijo ha venido manteniendo una relación espléndida desde hace ya tres generaciones. He crecido oyendo a mi abuelo D. Pedro Saracho Arechavala hablar de D. Francisco cada vez que llegaba de un viaje a Madrid. Luego, mi padre y más tarde yo mismo hemos hecho ese mismo camino para encontrarnos con el maestro y escuchar sus sabios consejos, o comentar las importantes Sentencias de los Tribunales que ganó para nosotros.

Desde luego, me ha entristecido su pérdida, pero también me alegra haber podido confirmar que la llama de su experiencia sigue viva en su Despacho, en la persona de su hijo Francisco José. Por eso, cada vez que voy por allí, sé que no se ha ido del todo y que nos sigue ayudando a movernos por este difícil mundo del transporte por carretera. Por tanto, no puedo decir adiós sino “hasta la próxima visita, Don Francisco!”.

Gustavo Pou Saracho
Director-Gerente de Automóviles de Tuy, S.A.
A Guarda (Pontevedra)

R

Con gran satisfacción participo en este libro-homenaje a D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, con quien, desde el año 1969 hasta su fallecimiento en 2002, mantuve un trato que, sobrepasando el ámbito de lo profesional, llegó a la categoría de amistad.

En su larga trayectoria D. Francisco Miguel fue el gran jurista experto en Derecho de los transportes que todos conocimos, materia a la que se dedicó siempre en exclusividad, participando en trabajos legislativos, tanto a nivel nacional como internacional.

Soy tributaria de sus enseñanzas y de su agudeza y sagacidad en el planteamiento de cualquier asunto que se le sometía a consulta.

Sus triunfos en la vía judicial son trascendentales, al conseguir Sentencias del Tribunal Supremo que sentaron jurisprudencia.

Toda la "familia transportista" del país acudía a su Despacho para consultarle y, en la mayoría de los casos, logró que consiguieran sus necesidades y pretensiones empresariales: títulos de concesiones de autobuses, y de transporte de mercancías, nacionales e internacionales, etc. A todos trataba con su indiscutible bonhomía, como lo prueba el que las empresas transportistas sigan acudiendo a su Despacho, a veces ya en tercera generación, y siempre en calidad de amigos.

Hoy continua esa importante labor profesional su hijo Francisco José, digno sucesor de su apellido, tanto en España como en los diferentes organismos internacionales en los que él ya participó (IRU, IDIT, UNIDROIT, etc.), con quien me complace seguir trabajando.

Pilar Ruiz Vicente
*Secretaria de D. Francisco Miguel
durante más de treinta años
(Madrid)*

S

He tenido conocimiento de la iniciativa para la publicación de un libro de homenaje a Don Francisco Miguel Sánchez Gamborino y me he querido sumar a él con un pequeño recordatorio. En todo recuerdo de una persona fallecida hay aspectos de pesadumbre y otros más alegres; yo me quiero apoyar en estos últimos, porque piensan en el futuro y se inspiran en la suerte de haber conocido, en este caso a este gran jurista y su dedicación al mundo del Derecho ligado al transporte.

En efecto, quienes hemos tenido la fortuna de conocer personalmente a Sánchez Gamborino podemos constatar su inigualable maestría en el mundo jurídico del transporte por carretera. Cuando muy pocos se ocupaban de esta materia, él estudió sus normas y la jurisprudencia que generaron, publicó sus trabajos y colaboró con la Administración.

Por ello, quiero evocar aquellos recuerdos de un Abogado que dedicó su vida y vocación profesional a trabajar con asociaciones y con empresas del mercado del transporte y desde ahí estuvo en tantos foros, debates y discusiones en los momentos más interesantes de construcción de lo que es la ordenación del transporte y la legislación en el ámbito jurídico-privado. Es quizá en este último aspecto donde más ha contribuido en su carrera.

Su relación, no sólo profesional sino también personal con este Ministerio, siempre fue útil y afable, cuando actuaba para algún cliente de su prestigioso Despacho de abogados como cuando representaba a alguna Asociación de transportistas, lo mismo que ahora hace su hijo Francisco José, sucesor en tales actividades, igualmente aquí bien recibido.

Gracias a la contribución de abogados como Sánchez Gamborino, especializados en el mundo del transporte, se puede avanzar en esa dialéctica pública-privada y en la mejora de las disposiciones, incluido el papel de las Juntas Arbitrales y la regulación intermodal de los contratos de transporte.

Por eso, lamentando mucho su desaparición, mi Dirección General y yo mismo nos sumamos muy sincera y cordialmente a este merecido homenaje, que además –por su amplitud y diversidad de puntos de vista- será una obra de referencia para todos cuantos seguimos el estudio de estos temas.

Juan Miguel Sánchez García
Director General de Transportes por Carretera
MINISTERIO DE FOMENTO
(Madrid)

Una de las mejores ayudas que tuve en mis inicios a la llegada a Madrid fue la posibilidad de conocer a Francisco Miguel Sánchez Gamborino y recibir buenos consejos de él como Abogado y experto en el Sector en aquella época.

Yo venía de Lugo, donde se conocía el impuesto del Canon de Coincidencia que, en aquel tiempo, era un pequeño documento que había sustituido a la Patente; también empezaban a gestionarse las autorizaciones o tarjetas M.R., para líneas de carga fraccionada. Fue entonces cuando tomé contacto con el experto en el Sector, ya que eran los inicios de que las Agencias de Transporte pudiesen efectuar carga fraccionada sin que el camión o el ferrocarril fuesen con matrículas previamente definidas a la Agencia de Transporte, y Sánchez Gamborino me preparó toda aquella documentación que era necesaria (Proyectos, tarifas, domicilios), voluminosos expedientes como si se tratase de la construcción de una obra civil de envergadura.

También fue nuestro asesor para las relaciones con Luis Coloma y otros directivos de UNITRANSA, empresa de transporte de carga fraccionada, para la creación de sociedades conjuntas de las cuales era Asesor Sánchez Gamborino con un gran prestigio en la Región Valenciana.

En fin, en los inicios del régimen TIR, con continuas gestiones en el Ministerio de Transportes, fuimos de la mano de Sánchez Gamborino, añadiendo a todo esto el buen trato humano que siempre hemos recibido de este fallecido amigo.

Me alegra saber que su labor sigue bien continuada por su hijo y discípulo Francisco José. A quien deseo que tenga mucho éxito en la publicación del libro que esperamos dedicar como homenaje póstumo a su querido padre.

Manuel Sánchez Rodríguez
Presidente de Transportes MONTFRISA, S.A.
(Getafe, Madrid)

Por el Dr. Francisco Sánchez-Gamborino, Asesor Jurídico en España del GRUPO LUIS SIMÕES desde hace diez años, hemos sabido que la Fundación Francisco Corell prepara un gran libro “In Memoriam” a su ilustre padre (q.e.p.d.), Abogado y uno de los mayores especialistas españoles en Derecho de los transportes, a quien tuvimos la fortuna de conocer personalmente.

Pues bien, el GRUPO LUIS SIMÕES desea manifestar su sincera y cordial adhesión a este merecido homenaje póstumo, que viene a sumarse a los recibidos en vida –entre ellos, el que le dispensó ASTIC en Madrid en 2000, en el cual estuvo presente nuestro Director General Sr. Manuel Valentín-, y que va a ser, como corresponde a la gran figura homenajeada, una obra jurídica de referencia.

Jose Luís SOARES SIMÕES
Presidente del GRUPO LUIS SIMÕES
Transporte de Mercancías y Logística
(Loures, Portugal)

Conocí personalmente a D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino siendo un adolescente, cuando mi madre acudió a su Despacho en demanda de ayuda para poder seguir con la empresa, que había quedado sin dirección a la muerte de mi padre.

Desde entonces ha habido una ininterrumpida relación, no solo profesional sino también amistosa, asesorándome con su conocimiento y amable atención y con la urgencia requerida.

Siempre acudí a él para todos los asuntos jurídicos, tanto administrativos como judiciales, algunos sumamente importantes para mi Empresa, que se fueron resolviendo a nuestro favor.

El último pleito ganado por él para mi Empresa ha sido en el año 2003, cuya Sentencia del Tribunal Supremo de 29 Septiembre 2003 se dictó después del fallecimiento del homenajeado, así que -hablando como lo hago desde Burgos- puedo decir que, como nuestro Cid Campeador, también D. Francisco “ganó una batalla después de muerto”.

Actualmente continuo mi relación con su hijo y su digno sucesor Francisco José. Siempre guardaré agradecimiento y un buen recuerdo. Sirvan estas líneas como homenaje y reconocimiento a su labor.

Jose Soto Pérez
Presidente de AUTOMOVILES SOTO Y ALONSO, S.L.
(Burgos)

V

Amigo Francisco José: me ha llenado de satisfacción tu noticia en el sentido que se va a editar un libro como homenaje a tu padre (q.e.p.d.)

Creo que si alguien se lo merece, es él. Lo recuerdo con cariño cuando hace años, acompañé a mi padre (q.e.p.d.) a su Despacho, pues aparte de la cuestión profesional, a ambos les unía una larga y buena amistad: eran dos bellísimas personas, honestos, trabajadores, desinteresados, afables, buenos conversadores y sobre todo amigos del amigo, circunstancias que por desgracia no abundan hoy.

En el terreno profesional, "chapeau". Todas cuantas cuestiones litigiosas le encomendamos, me honra decir que las resolvió favorablemente, y quizás por lo que dice el refrán de "de tal palo, tal astilla" el trato profesional y sus felices resultados los hemos seguido obteniendo contigo, de cuya amistad igualmente me honro.

Juan Antonio Vallejo

*Director de FRIO URGENTE, S.A. (FRIURSA)
(Lugo)*

Tuve la fortuna de conocer a Francisco Miguel Sanchez Gamborino con ocasión de su intervención en Roma, como experto en algunas sesiones de UNIDROIT (estudios preparativos de la Convención "CRTD" sobre daños causados a terceros con ocasión del transporte de mercancías peligrosas) y, después, ya en Madrid, con más frecuencia y regularidad, lo traté en el ámbito de la Sección Española de la Asociación de Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA) a la que -como miembro del Consejo- prestó una constante, valiosa y desinteresada colaboración, sobre todo en materia de transportes, incluido su arbitraje, del que se mostró decidido defensor (era miembro de nuestro Tribunal Español de Arbitraje en materia de Seguros) y, con ocasión de publicar los "Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro" (CUNEF, Madrid 1982), contribuyó con una interesante aportación sobre el seguro en el transporte multimodal. También se interesó por constituir en SEAIDA el Grupo de Estudios sobre Seguro de Transportes, que hoy preside su hijo y digno discípulo Francisco José.

En las páginas de nuestra Revista Española de Seguros se ocupó de varios temas, como: "Transportes marítimos de camiones o semiremolques cargados" -nº 33 (1983)-; "El accidente de Los Alfaques, según las Sentencias judiciales" -nº 39 (1984)-; "El seguro de transporte de mercancías por carretera. Transporte nacional e internacional" -nº 46 (1986)-; etc.

De esta siempre cordial relación, prolongada durante muchos años, nació una sólida amistad, que hace más dolorosa su reciente desaparición. Por eso, en nombre de SEAIDA y en el mío propio, muy gustosamente me sumo a este merecido homenaje póstumo, brindado en la forma más bella

para un estudioso del Derecho: un libro colectivo de investigación por sus amigos juristas, de su misma especialidad: el transporte por carretera y sus seguros.

Profesor Evelio Verdera
Vicepresidente de SEAIDA
Sección Española de la
Asociación Internacional de Derecho de Seguros
(Madrid)

Conocí a Francisco Miguel Sánchez Gamborino, "Paco", como coloquialmente le llamábamos quienes nos honrábamos con su amistad, a principios de 1970 en Helsinki, en un congreso de la FIATA. En seguida comprendí, pese mi juventud, que estaba en presencia de un hombre bueno, inteligente y muy preparado en el campo del Derecho del transporte, por cierto muy poco practicado por los juristas de aquel entonces. Más adelante, ya me di cuenta de que Paco era un auténtico maestro en la materia, cuyo sabios consejos, tanto a nivel particular como vertidos en sus innumerables artículos y publicaciones, no podían dejar de tenerse en cuenta. Pero lo más importante para mí fue gozar siempre de su amistad, manifestada en cuantas ocasiones hubo lugar a ello, y que continuó manteniendo con su hijo, Francisco José, digno continuador de la saga "Sánchez-Gamborino", de tanto prestigio entre quienes ejercemos la abogacía en el mundo de los transportes. Por esto constituye un motivo de orgullo que se me haya brindado la posibilidad de colaborar en este libro-homenaje a una persona tan querida en lo personal y en lo profesional.

Manuel M. Vicens Matas
Abogado, Secretario y Asesor Jurídico de la
Federación Española de Transitarios (FETEIA)
(Barcelona)

El fallecimiento del maestro Francisco Miguel Sánchez Gamborino ha constituido una gran pérdida para el Derecho del transporte, no sólo español sino también internacional. Tuve el honor de conocerle al terminar sus estudios de Derecho, en Valencia, e iniciar una brillantísima carrera que ya desde los primeros momentos augurábamos extraordinaria. Y ello porque en la década de los cuarenta se incorporó a la Revista General de Derecho, que vengo dirigiendo desde hace sesenta años: primero como simple colaborador, después como miembro del Comité de Redacción y Consejero, y finalmente además como Director de la Sección de Derecho de los Transportes.

Sánchez Gamborino no sólo fue el primer Jurista español en esta materia -como demuestra que fue durante muchos años el único español en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU)-, sino que en base al Derecho ferroviario, que él conocía de cerca por su vinculación familiar a este medio, "rein-

ventó" -trasladando algunos conceptos del Ferrocarril- todo un Derecho del transporte por carretera, hasta entonces escasamente estudiado por los juristas, creando un cuerpo doctrinal que después otros tuvieron la oportunidad de seguir.

Hay algo inmanente, sensible y enormemente decisivo en lo que fue y representó para nuestra Revista General de Derecho el que tuviéramos la gracia de recibir su compañía, su colaboración desinteresada y su entrega para lanzar al mundo jurídico una publicación en cuya iniciación y desarrollo tuve la suerte de recibir su maestría.

En fin, quiero dejar constancia de que este sentimiento de orfandad, que la muerte de Sánchez Gamborino nos ha ocasionado, es compartido por todos los eminentes juristas que siguen colaborando en Revista General de Derecho.

Afortunadamente para él y para todos, su hijo Francisco José está demostrando ser legítimo y merecido heredero de la profesionalidad y escuela jurídica de su padre.

Augusto Vicente Almela
Director de la REVISTA GENERAL DE DERECHO
(Valencia)

Guardo de Francisco Miguel Sánchez Gamborino –Paco, para sus amigos- un grato y entrañable recuerdo. Con él compartí muchos momentos de amistad, por una parte, y de colaboración profesional, por otra. Si la excepción confirma la regla, aquélla fue una de esas relaciones en que la mezcla de la amistad y de los negocios sirvió –a mí me sirvió- para calibrar su calidad humana y su capacidad profesional.

Le conocí en la década de los 50, cuando él empezaba como Abogado y yo mi trayectoria empresarial en el transporte y, también momentos en que fuimos protagonistas de los primeros movimientos por estructurar el sector. Primeramente con la creación del Sindicato Vertical, de cuya asociación de cargas completas fui presidente. Igualmente, con la puesta en marcha de la mutua de seguros ("La Senyera", se llamó) que fundamos los profesionales de la actividad y a la cual se incorporó Paco como abogado asesor. Fueron los primeros pasos en la especialización de Paco en las cuestiones que afectaban al derecho del transporte.

Él fue uno de los primeros en toda España que se preocupó por los problemas del Sector, y lo hizo desde Valencia, desde donde después marcharía a Madrid, que era -y sigue siendo- donde se "cocina" buena parte de las decisiones que afectan a la vida económica del país.

Antes de establecerse en la Capital, todavía en Valencia, contrajo matrimonio con María Teresa en una ceremonia en la que, como amigo, estuve presente junto a mi esposa Fina ambas por desgracia ahora falleci-

das. Son muchos los recuerdos que me vienen... Tantos, que es difícil resaltar uno sólo.

Si acaso, podría valer la pequeña historia que vivimos, él y yo, y que sirvió, de paso, para hacer un pequeño gran servicio al Sector en su conjunto. Era a mediados de los 60 –da igual un año que otro- y el Ministerio de Transportes de entonces planteó la legalización de las Agencias de transporte. Enviamos un escrito, en nombre de mi Agencia de carga completa, cuya actividad era poner en comunicación a transportistas y cargadores, mediación por la que cobrábamos una comisión. La respuesta del Ministerio fue que para ese tipo de actividad no era necesaria ni la autorización ni el reconocimiento como Agencia de transporte. No quedamos demasiado conformes con esa contestación. Yo me desplazé a Madrid, al Ministerio, para pedir aclaraciones, y me dijeron lo mismo. Algún tiempo más tarde se cerró el plazo de admisión de las agencias.

Pasados un par de años, llegó la sorpresa. Por supuesto, era desagradable. Y, encima, “con nocturnidad” *strictu sensu*: en torno a la medianoche el Ingeniero Jefe de la Jefatura Provincial de Obras Públicas de Valencia, apellidado Roger (lo recuerdo como si lo estuviese viendo ahora mismo) se presentaba en mi casa para, en resumidas cuentas, cerrarme la Agencia. Eran cosas que ocurrían en aquella época. Pero no cerré el negocio. El citado Ingeniero Jefe volvió en repetidas ocasiones a clausurar la Agencia. Pero yo, mitad por sana inconsciencia juvenil y mitad por ganas de trabajar, con el documento que me había remitido el Ministerio, seguía sin rendirme.

Para cerrar el círculo vicioso fue providencial el concurso de Paco Sánchez Gamborino, quien, por supuesto, estaba al cabo de todo. Volvimos a dirigirnos al Ministerio esgrimiendo el documento que éste nos había remitido hacía dos años. La conclusión sólo pudo ser una: la legalización definitiva de la Agencia, cosa que nos llenó de satisfacción. Pero aún fue más satisfactorio (hoy se puede confesar) ver, días después, la cara del antedicho Ingeniero Jefe, quien, por su carácter y proceder, era lo que entonces se conocía como “ingeniero de ventanilla”. Y todavía hubo más razones para el contento cuando la carta del Ministerio, en las solventes manos de Paco, sirvió de base para resolver el mismo problema que, con nosotros, compartía un nutrido grupo de profesionales del Sector.

Como digo, ésta no es más que una de tantas ocasiones en que Paco nos ayudó, porque nuestra relación fue larga y constante, y muchas fueron las veces que tuve ocasión de encontrarme con él en la capital, donde, junto con María Teresa, siempre me demostró cariño, afecto y profunda amistad. ¡Que Dios tenga a ambos en su Gloria!.

Con nosotros queda, pues, su recuerdo y su huella imborrables. Afortunadamente, su hijo y colega Francisco José ha heredado los conocimientos de experto y la profesionalidad de su padre, de quien queda como digno continuador de su brillante labor.

Arturo Virosque Ruíz

*Presidente de la Asociación Española de Agencias
de Transporte ANATRANS
(Madrid)*

*Presidente de la Cámara de Comercio
(Valencia)*

W

El recuerdo de Francisco Miguel Sanchez Gaborino quedará grabado en nuestra memoria como el de un Grande de España, entre los más ilustres especialistas del Derecho internacional privado regulador del transporte de mercancías por carretera. El conoció el tiempo en que las diversas legislaciones nacionales aplicables a este modo de transporte se diferenciaban y se oponían las unas a las otras hasta el punto de formar un caleidoscopio incomprensible. Así fue hasta el advenimiento de la Convención CMR. El Abogado Sánchez Gaborino fue un incansable promotor de la uniformización necesaria para la seguridad jurídica que fue finalmente promovida por dicha Convención.

Robert Wijffels

*Abogado
Director de la Revista EUROPEAN TRANSPORT LAW
(Amberes, Bélgica)*

1. TRANSPORTE DE VIAJEROS Y DE MERCANCÍAS

LA FUNDACIÓN FRANCISCO CORELL, UNA FUNDACIÓN PARA EL TRANSPORTE POR CARRETERA

Por

David BRULL DANS

Abogado

Adjunto al Director General

Fundación Francisco Corell (Madrid)

Antes que nada, quisiera agradecer a Francisco José Sánchez-Gamborino su invitación a realizar un artículo para el libro "In Memoriam" a su querido padre D. Francisco Miguel, a quien, aunque traté poco, y sólo al final de su brillante carrera profesional, por mi tardía incorporación al sector, he ido conociendo mejor después, por historias y comentarios de personas más cercanas a él que le frecuentaron durante más tiempo.

También he de decir que la sugerencia de Francisco José al principio, me pareció un poco fuera de lugar, ya que ni yo soy un experto jurista en temas de transporte por carretera, ni el tema era muy adecuado para un libro jurídico específico sobre transporte por carretera, pero después, analizando más detalladamente la idea y tratándose de un artículo sobre la Fundación Francisco Corell me pareció muy apropiado. Por varias razones.

Primero, porque este libro, si alguna entidad lo tenía que editar era precisamente la Fundación Francisco Corell, por su vinculación al transporte por carretera y porque en pocos años se ha convertido en una institución de referencia en el sector del transporte por carretera desde todos los ámbitos: jurídico, científico, técnico, económico, social,...

En segundo lugar por la gran vinculación que tenía D. Francisco Miguel con la Asociación del Transporte Internacional por Carretera (ASTIC) y por tanto con la Fundación Francisco Corell y con muchas de las personas que dirigen y trabajan en las dos entidades.

Y finalmente, por una razón mas personal, por mi dedicación diaria desde la creación de la Fundación, (mi pequeña contribución) a lograr que esta fundación dedicada al transporte por carretera sea una entidad viva y llena de actividades en cumplimiento de ese fin de interés general, especialmente aquellas actividades relacionadas con las leyes y el mundo del Derecho, dada mi formación jurídica, muchas de ellas realizadas con la colaboración de Francisco hijo.

Voy a exponer en mi artículo en primer lugar cuál es el marco jurídico para crear una fundación, y después, como se aplicó ese marco para constituir en concreto la Fundación Francisco Corell.

1. La Ley 50/2002 de Fundaciones, como marco jurídico.

Hasta la publicación de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, la regulación de las fundaciones se recogía en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, que regulaba en un solo cuerpo legal el régimen jurídico de las fundaciones y los beneficios fiscales que se concedían a las personas físicas y jurídicas por sus actividades o aportaciones económicas en apoyo de determinados fines de interés público o social.

La reforma de la legislación realizada en el año 2002 obedece más bien a la simplificación de trámites administrativos, a reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones y a la mejora del funcionamiento de la actividad fundacional, ya que la ley de 1994 se encargó de realizar la adaptación al nuevo orden constitucional y la modernización del régimen legal de las fundaciones que hasta entonces estaban reguladas por una normativa antigua y muy fragmentada.

La Ley de 2002, en cambio, no regula -creo que acertadamente, al ser una materia específica que no solamente es aplicable a las fundaciones-, los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, dejándolo a una norma distinta. (Ley 49/2002 de 23 de diciembre de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.)

Hay que decir en primer lugar que la Ley de Fundaciones establece las normas del régimen jurídico de las fundaciones que corresponde dictar al estado, es decir, la normativa básica con arreglo al artículo 149.1 de la Constitución.

La Ley de Fundaciones define a las fundaciones como “las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.” (art. 2.1)

Podemos señalar entonces, como caracteres de estas entidades que: son organizaciones, hay titularidad de un patrimonio, ausencia de ánimo de lucro, la constitución a partir de la voluntad del fundador, regulan su funcionamiento por unos Estatutos, tienen carácter privado y realizan fines de interés general.

Analizando, aunque brevemente, estas características, empezaré por destacar entre todas, la ausencia de ánimo de lucro, entendida como prohibición de obtener alguna ganancia por parte del fundador (constituidas “sin fin de lucro” según la expresión del artículo 2.1) pero no como prohibición de obtener beneficios por sus actividades, entendidos como diferencia económica de ingresos y gastos. Ahora bien, esos beneficios han de revertirse en la propia entidad.

En cuanto a los fines de interés general, la Ley en su artículo 3 enumera unos fines de interés general, pero se trata de una enumeración abierta, pues se dice: “como pueden ser, entre otros,...” La modificación de 2002 ha ampliado esta enumeración respecto a la recogida en la ley de 1994 lo que otorga mayor seguridad jurídica a los particulares, ya que se reduce sensiblemente el margen de interpretación de los Protectorados a la hora de calificar o no como de interés general a las fundaciones.

Además de tener fin de interés general, la fundación debe beneficiar a colectividades genéricas de personas, no pudiéndolo hacer de manera principal al fundador, a los patronos, ni familiares hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

Las fundaciones adquieren personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones.

En cuanto a la constitución de la fundación, el artículo 10 de la Ley señala los extremos que deberá contener, como mínimo, la escritura de constitución, a saber:

- identificación del fundador;
- voluntad de constituir una fundación;
- la dotación y su forma de aportación;
- los Estatutos de la fundación;
- identificación del Patronato de la fundación.

Los Estatutos son, sin lugar a dudas, el elemento fundamental, puesto que son los que regularán las reglas de la organización de la fundación. La Ley también exige en su artículo 11.1 un contenido mínimo, que es:

- denominación de la entidad;
- fines fundacionales;
- domicilio y ámbito territorial;
- reglas básicas para aplicar recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y determinación de los beneficiarios;
- composición del Patronato y reglas para designación y sustitución de sus miembros y para adoptar acuerdos;
- las que el fundador/ores quieran lícitamente establecer.

También tiene bastante importancia la dotación, que puede consistir en bienes y derechos de cualquier clase, y ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. La Ley de Fundaciones de 2002 a diferencia de la anterior, dice que se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 y si es inferior se deberá presentar el primer programa de actuación junto con un estudio económico que acredite la viabilidad. (artículo 12.1, párrafo segundo)

La aportación puede ser dineraria, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos, del 25 por 100 y el resto se debe hacer efectivo en un plazo máximo de cinco años desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución o no dineraria, en cuyo caso, se debe incorporar a la escritura de constitución tasación realizada por un experto independiente.

Tema también importante recogido por la Ley es el del gobierno de la fundación.

En toda fundación debe existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría según lo establecido en los Estatutos.

Las funciones del Patronato serán las de cumplir los fines fundacionales y administrar el patrimonio.

El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros, que elegirán entre ellos un Presidente, salvo que se hubiera previsto otro modo de designación. Asimismo, deberá nombrar un Secretario, que podrá ser persona ajena en cuyo caso tendrá voz pero no voto, a quien corresponderá la certificación de los acuerdos del Patronato.

Los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo, notificándose al Protectorado para su inscripción en el registro correspondiente.

Los patronos ejercerán gratuitamente el cargo sin perjuicio del derecho de reembolso de los gastos justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función. No obstante, salvo prohibición expresa del fundador, se podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de sus funciones, previa autorización del Protectorado.

Se admite la delegación de facultades del Patronato, salvo la aprobación de las cuentas, la modificación de Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación y aquellos actos que requieran autorización del Protectorado.

La responsabilidad de los patronos es solidaria frente a la fundación por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos y por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo posible para evitar el daño o al menos se opusieron expresamente a aquél.

Las causas de cese y sustitución de los patronos se recogerán en los Estatutos, debiendo al menos recoger las causas de cese establecidas en el artículo 18.2 de la ley.

El patrimonio de la fundación estará formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera con posterioridad, se afecten o no a su dotación. La administración y disposición del patrimonio corresponde al Patronato.

La enajenación, onerosa o gratuita, o el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación requerirán previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada.

El resto de los actos de disposición y aquellos cuyo importe sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación, según el último balance aprobado, deberán ser comunicados al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización.

Todos los actos de gravamen o enajenación deben ser inscritos en el registro de fundaciones y en el registro público que corresponda además de hacerlo constar en el Libro Inventario de la fundación.

En cuanto al funcionamiento y a la actividad de la fundación, debemos señalar que las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarios o accesorios de ellas.

También pueden intervenir en otras actividades a través de su participación en sociedades en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Si la participación es mayoritaria se deberá comunicar al Protectorado.

Las cuentas anuales se formularán por el Presidente o por la persona designada en los estatutos o en el acuerdo del Patronato y deben ser aprobadas en el plazo máximo de seis meses desde el cierre del ejercicio por el Patronato de la fundación.

Una vez aprobadas, se presentarán al Protectorado en los diez días hábiles siguientes a su aprobación, quien una vez examinadas procederá a depositarlas en el Registro de Fundaciones.

Además, en los tres últimos meses del ejercicio, el Patronato elaborará y remitirá al Protectorado, un plan de actuación, en el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar en el ejercicio siguiente.

Muy importante, ya que es uno de las exigencias para poder aplicar el régimen fiscal especial establecido, es que se debe destinar a la realización de los fines fundacionales, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato. Existe

un plazo para cumplir esto de cuatro años desde el cierre del ejercicio en el que se hayan obtenido los ingresos.

Para dicho cálculo no se tendrán en cuenta las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación en el momento de la constitución o en cualquier momento posterior, ni los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe se reinvierta en inmuebles que cumplan dicha circunstancia.

Las causas de extinción de las fundaciones se recogen en el artículo 31 de la Ley, y son:

- a) cuando expire el plazo por el que fue constituida;
- b) cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional;
- c) cuando sea imposible realizar el fin fundacional;
- d) cuando así resulte de una fusión;
- e) cuando concurra cualquier causa fijada en los estatutos;
- f) cuando concurra cualquier causa fijada en las leyes.

En los supuestos de los apartados b), c) y e) se requiere acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado y, si no lo hay o no se ratifica por el Protectorado, se requerirá resolución judicial motivada. En el supuesto del apartado f) también se requerirá resolución judicial motivada.

La extinción de la fundación determinará la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el Patronato bajo el control del Protectorado.

Los bienes y derechos resultantes se destinarán a las fundaciones o entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes a la consecución de aquellos y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los estatutos o por el Patronato si el fundador le reconoció ese derecho y, a falta de ello, por el Protectorado. También pueden ser destinados a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general.

Para cerrar este análisis general sobre la Ley 50/2002, es obligatorio hacer una breve referencia al Protectorado de fundaciones.

En primer lugar hay que decir que el Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones. Será ejercido por la Administración General del Estado respecto de las fundaciones de competencia estatal.

Las funciones del Protectorado aparecen en el artículo 35 de la ley, y son:

- a) informar, con carácter preceptivo y vinculante para el registro de fundaciones sobre la idoneidad de los fines y la suficiencia de la dotación en el caso de las fundaciones en proceso de constitución. (ver también artículos 3 y 12 de la ley);
- b) asesorar a las fundaciones en proceso de formación;

- c) asesorar a las fundaciones inscritas;
- d) dar a conocer las actividades de las fundaciones;
- e) velar por el cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador;
- f) verificar si los recursos económicos de las fundaciones han sido aplicados a los fines fundacionales;
- g) ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si se diera el caso;
- h) otras establecidas por las leyes.

2. La Fundación Francisco Corell: el transporte por carretera como fin de interés general, digno de protección

La Constitución Española en su artículo 34, reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, y, por su parte, la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, dice en su Exposición de Motivos que una de las pretensiones de la propia Ley es dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del cual la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general.

Esta Ley, tras establecer en su artículo 2 –como dijimos al comienzo– que “son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”, enumera en el artículo 3, con carácter no taxativo, –“entre otros”– algunos fines de interés general, “como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.”

El interés general es un concepto jurídico indeterminado de difícil definición, aunque de fácil aprehensión. Podría entenderse, según algunos autores, como fines de interés general todos aquellos tendentes a hacer valer los derechos, principios, instituciones, etc., que ampara la Constitución Española. Desde luego que los intereses que la Carta Magna ampara, considerados en abstracto, deben reputarse de carácter general.

En conclusión, entiendo que el concepto de interés general, por su carácter indeterminado, deberá ser completado en cada momento concreto, y solo se puede hacer una delimitación del mismo en sentido negativo, esto es, son de interés general todos aquellos fines que no sean de interés particular.

En este sentido, el artículo 2 de los Estatutos de la Fundación Francisco Corell señala que los fines de interés general de la fundación son la promoción y el desarrollo del transporte internacional por carretera. (y

así lo reconoció el Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en la Orden Ministerial de 15 de diciembre de 1997 que clasifica y registra la Fundación Francisco Corell como fundación benéfico-asistencial en virtud del artículo 2.1 de la anterior Ley 30/1994 de 24 de noviembre, de Fundaciones.)

El Protectorado al que la Fundación debe rendir cuentas es el del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en virtud de que este ministerio ejerce el Protectorado de aquellas fundaciones cuyos fines no estén directamente vinculados con el Ministerio de Educación y Cultura. (Disposición Adicional Primera del RD 316/1996, de 23 de febrero que aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal).

En este caso concreto, la calificación de interés general de los fines de promoción y desarrollo del transporte por carretera puede basarse en criterios de diferente índole, como por ejemplo económica, social,... Es decir, en datos como los siguientes:

- la importancia estratégica del sector del transporte en la economía española, al contribuir al desarrollo económico y social y a la mejora de la accesibilidad de las regiones y áreas más desfavorecidas;

- La contribución al PIB del transporte, en términos de valor añadido y como sector productivo, ha venido oscilando a lo largo de los últimos años en torno al 4'5 %, lo que pone de manifiesto la importancia que mantiene el sector en el conjunto de la economía nacional y su capacidad de generación de renta. Dentro del sector del transporte, es el transporte por carretera con un 55% el que más valor añadido relativo posee;

- el altísimo porcentaje del transporte (más del 80% de las mercancías y del 90% de los viajeros), que se realiza por carretera;

- el empleo directo e indirecto que es capaz de generar el sector del transporte y dentro del, el transporte por carretera. Algunos estudios lo cifran en torno al 5% del empleo total generado en España.

También puede analizarse más concretamente la calificación de interés general desde los objetivos concretos que, asimismo reconocidos en los Estatutos de la Fundación Francisco Corell, se recogen como prioritarios en el desarrollo de ese fin, digamos más general. El respeto y la defensa del medio ambiente y de la seguridad, la elevación del nivel formativo de las personas que desarrollan su trabajo en el sector y el uso de las nuevas tecnologías, son fines de interés general que pueden encontrarse -alguno de ellos, por lo menos- en la enumeración realizada en el artículo 3 de la Ley de Fundaciones de 2002.

Una vez claro el fin de interés general que iba a tener nuestra Fundación, el resto de requisitos de constitución según hemos visto en la ley de fundaciones de 2002 también había que cumplirlos.

En primer lugar y básico es que existiese la voluntad de un fundador de constituir una fundación cuyo fin de interés general fuese el transporte por carretera.

En este caso, el requisito se cumplió cuando la Asociación de Transporte Internacional por Carretera (ASTIC) aprobó por sus órganos

de gobierno, tanto en su Asamblea General como en su Comité de Presidencia, la constitución de una fundación que tuviese como fines de interés general la promoción y el desarrollo del transporte por carretera. (Asamblea General celebrada en junio de 1996 en S'Agaró, (Girona) y Comité de Presidencia de enero de 1997 celebrado en Madrid)

Se le dió el nombre de Fundación "Francisco Corell", en homenaje a D. Francisco Corell Ayora, uno de los Presidentes de ASTIC –segundo en el tiempo: tras D. Mariano Mateu y antes que D. Miguel Angel Ochoa-.

Para ello, ASTIC aprobó además, por esos mismos órganos de gobierno, que una parte importante de su patrimonio se cediera a la Fundación como dotación fundacional, con lo cual quedaba cumplido otro de los requisitos para su constitución.

Solamente quedaba por tanto, la tarea de elaborar unos Estatutos que regularan la composición y el funcionamiento de nuestra Fundación y las reglas básicas para aplicar los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales.

Como resultado de todo, la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 15 de diciembre de 1997, clasificó y registró la Fundación Francisco Corell.

La primera parte del camino estaba completada y quedaba ahora la más difícil y a su vez más interesante; concretar en actividades de desarrollo ese fin de interés general y poner los recursos suficientes para poder realizarlas sin comprometer el patrimonio.

En eso estamos. De suerte que se han realizado decenas de jornadas de estudio (en Madrid, y otras ciudades españolas), con participación de los más conocidos especialistas en cada materia, y editado varias publicaciones de los mejores autores, así como otorgado varios premios de investigación, y se han realizado acuerdos con Universidades para acercar el mundo del transporte por carretera a la universidad.

Todo eso ha hecho, como decíamos al principio, de nuestra Fundación Francisco Corell una referencia obligada en el campo del estudio y la investigación del transporte por carretera.

Pero eso es otra historia. No disponemos aquí del espacio suficiente para siquiera mencionar tantas actividades ya efectuadas, cuya lista además, lógicamente, queda abierta: ya tenemos programadas las correspondientes al curso 2005-2006, y pensadas otras muchas para años sucesivos.

Madrid, Septiembre de 2005

TRABAJOS RECIENTES DE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS DE IRU

Por

Francisco José SÁNCHEZ-GAMBORINO

Abogado especialista en Transportes

Asesor Jurídico de ASTIC (Madrid)

*Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU
(Ginebra, Suiza)*

1. La Comisión Jurídica de IRU

Como casi todas las organizaciones profesionales, la Unión Internacional de los Transportes por Carretera -IRU, en abreviatura que en adelante utilizaré- actúa en Comisiones o Grupos de Trabajo especializados, formados por delegados de diversos países.

Entre estos Grupos se encuentra la Comisión de Asuntos Jurídicos, creada en 1970 a partir de un Grupo de estudio sobre la Convención CMR y el transporte combinado. Su primer Presidente fue Mr. Emile W.P. VERBEEK (Holanda), a quien sucedió en 1977 el Prof. Jacques PUTZEYS (Bélgica), y después desde 1995 Mr. Jan THEUNIS (Bélgica). En la actualidad, desde 2004 preside la Comisión Mme. Isabelle BON-GARCIN (Francia).

Ocupando el puesto antes ostentado por Mr. Erwin BAUER (Alemania), quien esto escribe es Vicepresidente de la Comisión tras haber venido siendo miembro desde 1986, al suceder como Delegado español a mi padre y maestro, Abogado y Asesor de ASTIC, D. Francisco Miguel SANCHEZ GAMBORINO.

La Comisión venía teniendo como Secretario -encargado de preparar la documentación y redactar las actas de las sesiones- a Mr. Marcel DE GOTTRAU (Suiza), Responsable de Asuntos Jurídicos de IRU desde 1960, hasta que en 1993 ambos cargos pasaron a Mr. Waldemar CZAPSKI (Polonia).

La Comisión se reúne dos veces cada año: en Primavera y en Otoño, casi siempre en Ginebra, sede de la IRU, pero a veces en otro país, a invitación de su Asociación nacional de transportistas, miembro de IRU. En Madrid se celebró la 67ª sesión, en 7 Mayo 1999, a invitación de D. Carlos PASCUAL, Secretario General de ASTIC.

Actualmente formamos la Comisión Jurídica unos 35 Delegados, representando la casi totalidad de los países del Continente europeo, si bien está abierta a la incorporación de delegaciones de cualesquiera otros países, de los casi setenta que son miembros de IRU.

En las páginas que siguen intentaré hacer una relación muy resumida de los principales trabajos efectuados por la Comisión, en los más

recientes de los cuales he tenido la satisfacción de participar personalmente, por encargo de ASTIC.

A ello, hay que añadir el intercambio recíproco de información jurídica, cada vez que se produce una importante novedad legislativa o jurisprudencial en algún país, de la que da cuenta su respectivo Delegado. Así como trabajos puntuales -de dictamen o consejo-, que se tratan en una sola sesión, por su carácter casi siempre urgente.

2. Lista de comprobación ("Check List")

Nuestra Comisión elaboró y la IRU aprobó un modelo de "lista de comprobación", o en su denominación internacional "Check List" (de "check", en inglés, comprobar), enumerando las principales circunstancias que debe verificar el conductor encargado de recibir del remitente la mercancía para el transporte, a fin de extender, en su caso, las reservas a que se refiere el art. 8 de la Convención CMR. Incluso bajo las fórmulas literarias o de redacción expresadas en la propia Lista. También sirve, con paralela utilidad, a efectos del Convenio aduanero TIR.

Esta "Check List" viene a ser, pues, un documento de "ayuda memoria" para el conductor, como representante del transportista.

Además, tiene una segunda y no menor utilidad, de carácter lingüístico: con ayuda de las Asociaciones nacionales miembros de IRU, se ha vertido esta Lista a diversos idiomas (incluidos algunos muy lejanos al español), y se han hecho corresponder los conceptos de que consta a una codificación numérica igual para todos ellos, de tal manera que p. ej. el número 2 se refiere a "mercancía sin embalaje", el número 12 significa "mercancía mojada", etc., cualquiera que sea el idioma o alfabeto usados por el remitente y por el conductor; en caso necesario, podría ser anotado en la carta de porte el número que corresponda a la reserva pretendida haciendo expresa referencia a que se trata de "número de la Check List IRU". Esta misma numeración de la "Check List" puede servir para superar la barrera de los idiomas al formular, en su caso, las reservas a la entrega de la mercancía en destino a que se refiere el art. 30 de la Convención CMR. La lengua española se añadió en 1989. Documento IRU SII/1601 de 12 Enero 1989.

Por tanto, resulta muy recomendable su conocimiento y uso, tanto por los transportistas como por los usuarios.

3. Contratos para transportes por superposición

Modelos de contratos uniformes para los dos sistemas de transportes por superposición más habituales, es decir:

* Camión sobre buque ro-ro o ferry ("Transroulage"), Documento IRU 54178 de 2 Mayo 1989, anexos 3 a) y b). Con dos variantes: la carta ("charte") de transroulage I aplica las reglas CIM, tanto a los camiones vacíos como cargados, y descartando la posible exoneración de viajar en

camión sobre vagón ferroviario descubierto; la carta ("charte") de transroulage II aplica las Reglas de La Haya-Visby, también tanto si el camión va cargado como si va vacío, y prevé que si el documento de transporte marítimo es un recibo distinto a un conocimiento negociable, tales reglas le serán aplicables como si tal documento fuera en efecto negociable. En ambos modelos, la Compañía marítima renuncia a incumplir sus estipulaciones mediante acuerdos con otras navieras o condiciones unilaterales, y se compromete a transmitir a IRU cada año un ejemplar de su documento de embarque.

* Camión sobre vagón ferroviario ("Ferroutage"). Documento SII/1589 de 18 Noviembre 1988, elaborado en colaboración con la Unión de Sociedades de Transporte Combinado Rail-Route (UIRR). Supone un paso importante en la armonización de los documentos utilizados en las relaciones entre los transportistas de carretera y las sociedades de "ferrou-tage". Reenvía, en lo que concierne a la responsabilidad de la sociedad de "ferrou-tage", a las Condiciones Generales de la UIRR y auxiliariamente, al Convenio CIM.

A ambos sistemas -cuyo uso la Unión Europea pretende intensificar- resulta aplicable lo dispuesto en el art. 2 de la Convención CMR, sobre vigencia de ésta en el conjunto de la operación y responsabilidad de transportista de carretera ante su cliente, según las circunstancias en que sucedieron la pérdida, el daño o el retraso.

4. Modelos de contratos transportista-agencia de viajes

Se trata de dos contratos-tipo para regular las relaciones comerciales entre los transportistas y las agencias de viajes: uno, de puesta a disposición de vehículos a favor de la agencia, y otros de representación concedida a la agencia para la venta de billetes o títulos de transporte de aquél ("booking"). Trabajo concluido en 1991, modificado en 1995.

Además hay un modelo de contrato entre transportistas y empresas de hostelería: establecimiento hoteleros, restaurantes, etc. de forma a mejor organizar el conjunto de un viaje: Documento SI/1265 de 19 Septiembre 1994.

5. Arbitraje internacional sobre transporte

Para posible utilización del procedimiento arbitral previsto en el art. 33 de la Convención CMR, la Comisión Jurídica de IRU ha elaborado -en conjunto con la Federación Mundial de Transitarios (FIATA)- un Reglamento para regular tal sistema de resolución de conflictos: Documento CD/4615 de 2 Febrero 1994, revisado en materia puramente lingüística (para armonizar las versiones en inglés y francés) en 18 Febrero 1994. Este Reglamento exige la firma de un convenio arbitral por las partes en conflicto, garantiza la independencia de los árbitros, en materia de procedimiento remite al nacional elegido por las partes, teniendo en cuenta el Convenio de Viena sobre Arbitraje Comercial internacional de 21 Junio 1985. Se prevé la posibilidad de publicar los laudos, omitiendo refe-

rencia a las partes. Se regula un sistema de plazos para las diversas fases del procedimiento. El plazo para dictar laudo es de un mes tras la conclusión de los debates, salvo que las partes acuerden su prolongación. Como anexo, el Reglamento contiene un baremo de honorarios (proporcional a la cuantía en litigio -desde un 10 %- en porcentaje decreciente) y gastos. Si el procedimiento termina por conciliación, los honorarios se reducen a la mitad.

En España existe la posibilidad de que las Juntas Arbitrales del Transporte (LOTT arts. 37-38 y ROTT arts. 6-12) actúen en las controversias derivadas de transporte internacional. Lo que no está excluido. En este sentido, sus antecedentes, las Juntas de Tasas, ya en efecto lo hacían.

6. Acuerdo de intercambio de datos y condiciones generales

Se pretendía alcanzar un acuerdo-tipo uniforme que sirva para formular la oferta de transporte, y su aceptación, por tanto también el contrato de transporte en sí mismo, y todo ello mediante una comunicación directa por vía informática ordenador-ordenador, conectados por aparatos "modem" y utilizando la infraestructura o red telefónica: es lo que se llama "Intercambio Electrónico de Datos" (EDI).

Acuerdo de Intercambio de Datos, consta en el Documento CD/4614 de 8 Febrero 1994. Aprobado por la Asamblea General de IRU celebrada en 15 Abril 1994.

El Modelo IRU de Acuerdo de Intercambio de Datos Informatizados constituye el marco jurídico que necesitan los transportistas por carretera y sus clientes para comunicarse por vía informática. Adaptando este Modelo a sus necesidades particulares, las empresas interesadas se evitan tener que elaborar su propio Acuerdo para cada caso. Además, puesto por IRU a disposición del Sector transportista en todos los países miembros de la Convención CMR, este Modelo contribuirá al proceso de armonización internacional de las prácticas comerciales en que intervenga la vía informática.

El citado Modelo IRU de Acuerdo de Intercambio de Datos Informatizados se divide en dos partes, a saber: el Protocolo de comunicación y el Manual del usuario. El Protocolo de comunicación representa la parte "jurídica" del Documento. El Manual del usuario se refiere a procedimientos y reglas técnicas a aplicar en la transmisión de documentos y mensajes, conforme al Protocolo de comunicación.

Este Acuerdo de Comunicación lleva dos Anexos: el número 1 (incluyendo 10 llamados "Apéndices"), y el número 2 que consiste en unas Condiciones Generales de Transporte, de aplicación sólo en esta clase de comunicación electrónica (incluyendo un único Apéndice), que complementa a este efecto, actualizándolas, las reglas de la Convención CMR.

7. Propuesta de modificación de la convención CVR

La Convención CVR, de 1 Marzo 1973, regula el contrato de transporte de viajeros por carretera. Entró en vigor, tras la incorporación de varios nuevos países de la Europa del Este, en 1994. Según su art. 1,1 basta que el País de origen o el de destino del viaje sea miembro de la Convención para que la aplicación de la misma sea obligatoria.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 Abril 1993 concerniente a las "clausulas abusivas" en los contratos establecidos con consumidores (con graves consecuencias para los prestadores de servicios, pues considera abusiva y por tanto nula cualquier limitación -como la de responsabilidad del transportista por lesiones o muerte del viajero, que contiene la CVR-), establece que dicha Directiva no se aplicará cuando exista un Tratado internacional imperativo en vigor. Por eso consideramos importante que a la Convención CVR se adhiciese el mayor número posible de países. Para "animar" a los Gobiernos en ese sentido, la Comisión pensó en proponer una modificación en el texto de la CVR, que la hiciera más comprensible y asequible.

De los trabajos encaminados a esta revisión quien suscribe fue encargado Coordinador, y -a partir de respuestas a cuestionarios, y las observaciones y sugerencias de varios miembros de nuestra Comisión-, formuló un proyecto que fue efectivamente presentado a Naciones Unidas (Documento TRANS/SC.1/R.269 de 17 Agosto 1995), que remitió su texto a los países miembros de la Convención, para que consideren si desean su modificación, conforme al art. 34 (Documento de TRANS/SC.1/357 de 7 Noviembre 1995, páginas 10 y 11; parágrafos 33 a 36).

8. Contrato-tipo de subcontratación entre transportistas

Se refiere a la colaboración entre transportistas (subcontratación), en régimen de exclusiva para transporte internacional por carretera. Para ello se elaboró un borrador: Documento 75223 de 28 Febrero 1996, y un cuestionario específico: Documento 75592 de 25 Abril 1996, apdo. primero), contestado por quien suscribe en lo relativo a España.

9. Aplicación de las reglas CMR al transporte nacional

La IRU siempre ha estado interesada en lograr que la Convención CMR se aplicase también en el transporte nacional o interior, al menos los países de la Unión Europea. Acuerdos por unanimidad adoptados en su Asamblea de 1994 y plasmados en Documentos SII/1859 y SII/1861, ambos de 10 Mayo 1994, el primero dirigido a los Estados miembros de la Unión Europea e instancias competentes de la UE, el segundo destinado a los Estados adheridos a la CMR, como España.

Así se conseguiría: a) uniformizar la legislación: es indispensable que un espacio económico único se corresponda con un espacio jurídico también único, evitando así los "compartimentos estancos" nacionales, que

en nada favorecen los intercambios comerciales. b) que el cabotaje -que ya es una realidad- (y cuya liberalización total en 1 Julio 1998 queda previsto en el Reglamento CEE del Consejo nº 3118/93 de 25 Octubre 1993) pueda efectuarse de modo no traumático y lo más favorablemente posible a los transportistas.

Así ya lo han hecho varios Países, como Austria (por Ley de 28 Junio 1990), Bélgica (por Ley de 3 Mayo 1999), en buena medida Alemania (Ley de 25 Junio 1998) y recientemente Portugal (Decreto-Ley nº 239/2003 de 4 Octubre).

A conocer la actual legislación de cada país comunitario en este terreno se encaminó el Congreso Eurotral-94, organizado por la Universidad "Erasmus" de Rotterdam (en 24-25 Noviembre 1994), con participación de especialistas de todos los países comunitarios, al cual fue invitado como Ponente por España quien suscribe.

Quien suscribe participó en la reunión tenida en Bruselas el 8 Septiembre 1997 entre una Delegación de nuestra Comisión Jurídica de IRU (con los Sres. THEUNIS, BAUER y CZAPSKI a la cabeza) y Altos Funcionarios de la Comisión de la UE (Mr. VAN VRECKEM y Sr. MARBAN) al objeto de estudiar la posible elaboración de una Directiva imponiendo esta aplicación de las reglas CMR al transporte nacional, en cada uno de los 15 Países miembros de la Unión.

Y también, representando a España, en el Symposium o Coloquio "¿La CMR, como ley nacional?", celebrado en Rouen (Francia) el 14 Mayo 1998, en colaboración con el Instituto de Derecho Internacional de los Transportes (IDIT).

10. Establecimiento de empresas de transporte en otro país

Cuestión de enorme interés y actualidad, sobre la que es imprescindible una detallada información de cada uno de los países -unos, por ser miembros de la Unión Europea, siguen reglas comunes en cuanto a autorizaciones para el ejercicio de la actividad de transporte y de mediación en el transporte, pero otros son externos a la UE; además está todo lo relativo a previa constitución de la empresa: escritura, inscripción en Registro, altas en Impuestos, ante la Autoridad laboral y Seguridad Social, licencias de apertura de establecimientos, etc.

En 1996, la Comisión preparó cuestionarios, a partir de cuyas respuestas se ha elaborado un amplio banco de datos, considerado de interés para su consulta por cualquier transportista que estudie establecerse en país distinto al propio.

11. Condiciones generales para los comisionistas de transporte

Con las contestaciones a una amplia encuesta (Documento 75591 de 25 Abril 1996, apdo. segundo), se ha elaborado un detallado banco de

datos, considerado de interés para su consulta por cualquier transportista que pretenda establecer relaciones con Agencias de transporte, transitarios o cualquier otra forma de mediadores de transporte, sobre todo útil si esas otras empresas son de países distintos al propio, donde estas condiciones suelen ser menos conocidas.

12. Derecho de retención del transportista sobre la mercancía

Es una materia de gran interés práctico: el derecho de retención y prenda que ostenta el transportista sobre la mercancía transportada, como garantía del pago de portes y gastos. Cuestión regulada de modo distinto en cada País, e insuficientemente contemplada en la Convención CMR (art. 13,2).

Se encargó al Instituto de Derecho Comercial Marítimo, de Hamburgo, del que es responsable el Profesor Rolf HERBER un cuestionario, que quien suscribe contestó en cuanto al régimen jurídico en España.

El trabajo, terminado, consiste en una base informativa -un manual- de contenido y finalidad prácticos (para, traducido a varias lenguas, poder ser consultado por los conductores). De esta base podrán derivar unas recomendaciones, al referido objeto de buscar una armonización. Su ámbito es el de un amplio conjunto de Países, tanto de la Unión Europea, como del Este con especial influencia o dedicación a los transportes.

Este derecho de retención del transportista, en buena parte de los países europeos, fue el tema del Symposium o Coloquio celebrado, en colaboración con el Instituto de Derecho Internacional de los Transportes (IDIT) en Rouen (Francia), el 26 Abril 2002; en que tuve el honor de participar como Ponente, representando a España.

Quedando el estudio aprobado en ese mismo año 2002. Sin perjuicio de eventuales modificaciones, si cambia alguna de las legislaciones nacionales incluidas en el mismo.

13. Anteproyecto de UNIDROIT de convenio sobre equipos móviles

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, Roma) -del que quien suscribe es Corresponsal en España- es el Organismo intergubernamental dedicado a preparar Convenios y Tratados internacionales, cuyo texto es luego sometido a las Naciones Unidas, para su aprobación si procede por los Plenipotenciarios de los Gobiernos.

UNIDROIT se viene ocupando de un proyecto de Convención sobre garantías internacionales sobre bienes de equipo móviles (contenedores, buques, material rodante ferroviario, helicópteros, etc. -art. 3-). Pero podría ampliarse a camiones y autobuses.

Cabe plantearse si es oportuno instaurar un sistema internacional de garantías reales sobre camiones y autobuses. ¿Beneficiaría a

los transportistas (ahora sólo sujetos al Derecho nacional)? No parece que así sea. Por otra parte, debe ser aclarado algún punto importantes de este proyecto, como ¿quién gestiona el registro a que se refiere su art. 16?

Nuestra Comisión Jurídica dió una opinión oficial de IRU bien fundada, en sentido negativo.

14. Sanciones por inadecuación o ausencia de documentación en el transporte

Al transportista por carretera se le exige llevar a bordo multitud de documentos; referidos a la propia empresa, al conductor, al vehículo, a la mercancía, etc., cuyo mera identificación en muchos casos resulta muy difícil (pues resulta de normas muy dispares y heterogéneas). Y, sin embargo, su ausencia o inadecuación puede ser motivo de sanciones administrativas e incluso penales. Por eso -partiendo de extensos y detallados cuestionarios elaborados en 2000 y 2001- se ha planteado un estudio de lo que en cada país se necesita. Muchas Asociaciones -entre ellas, ASTIC- han apoyado la realización de este estudio, que quedó aprobado en 2004.

Quien suscribe se ocupó del capítulo concerniente a España. El documento en su conjunto consta de 350 páginas. Sin embargo, para hacerlo más manejable, del mismo se ha hecho una síntesis de 15 páginas: Documento CAJ/G5374/WCZ de 23 Marzo 2004. Sin perjuicio de eventuales modificaciones, si cambia alguna de las legislaciones nacionales incluidas en el mismo.

Este informe ha sido enviado a la Unión Europea, para que estudie la posibilidad de unificar los tipos punibles (las conductas descritas como infracciones) e incluso la cuantía de las sanciones, vía Directiva o vía Reglamento.

15. Contrato-Marco de servicios logísticos

Se trata de un contrato mediante el cual una empresa se compromete ante su comitente a un conjunto de actividades interconexas, relativas a una mercancía, tales como transporte, recepción, almacenaje, entrega, vigilancia, control de "stocks", grupaje, facturación, etc. Por tanto, excede del estricto transporte, para incidir en lo que se viene llamando "operación logística".

Esto es hoy una realidad, y si hay que regularlo, más vale que lo haga IRU -o sea, nosotros los transportistas, "a nuestro gusto"-, a que lo hagan otros (FIATA -es decir, los transitarios-, Cámara de Comercio Internacional -es decir, los usuarios-, etc.).

Incluye numerosas variantes, a elegir por las partes, en cada caso. Tiene muy en cuenta la Convención CMR: sus causas de exoneración y límites cuantitativos máximos de responsabilidad, etc.

Quien suscribe participó activamente y fueron acogidas la mayoría de sus sugerencias.

Se elaboraron borradores en 2001 y el texto definitivo en 2002 recibió aprobación en el XXVIII Congreso de IRU en Bucarest, 30 Mayo-1 Junio. De ello quien suscribe ha informado a los Afiliados de ASTIC mediante Circular 1625 de 7 Junio 2002, que contiene el texto del contrato-tipo.

16. Contratación electrónica del transporte

Asunto tratado varias veces en nuestra Comisión, fue objeto monográfico del Symposium o Coloquio presidido por el Prof. PUTZEYS y celebrado en Lisboa (Portugal) en 1 Octubre 2004, durante el cual cada Ponente -ninguno miembro de nuestra Comisión- se refirió al uso de estas modernas técnicas en cada uno de los modos de transporte (marítimo, ferroviario, carretera, aéreo, y multimodal); estudiándose además, entre otras cuestiones, las medidas adoptadas a escala internacional tendentes a la armonización de reglas jurídicas aplicables a las relaciones contractuales por vía electrónica, y validez jurídica de los contratos de transporte y de los documentos de transporte electrónicos. Ver nuestro reportaje en Revista TRANSPORTE-3 (Madrid) nº 293 (Diciembre 2004), pág. 21 y ss.

Como antecedente, nuestra Comisión en su sesión celebrada en Ginebra en 27 Septiembre 2002, había recibido explicaciones de su sistema por parte de representantes de la empresa TRANSWIDE (poco tiempo después, IRU recibió la propuesta de programa BTMS-Biz-Doc, por otra empresa, esta vez holandesa: bVa-NL. Documento CAJ/G4531/WCZ de 18 Marzo 2003), así como a un representante de Naciones Unidas, que explicó los documentos y normas que su Organización dedica al comercio electrónico.

Al respecto, debe mencionarse el Protocolo elaborado por UNIDROIT, concretamente por el Prof. PUTZEYS, a examen por Naciones Unidas, para sobre la base de dicho trabajo elaborar un Protocolo a la Convención CMR, mediante el cual se incluya en la misma una referencia a la posibilidad de que la carta de porte (como documento donde consta la existencia del contrato de transporte y sus exactos términos y condiciones) se pueda establecer por vía electrónica. Documento CAJ/G3717/WCZ de 17 Abril 2002, con dos Anexos.

Naciones Unidas ha enviado a los Gobiernos (Ministerio en cada caso competente en materia de transportes) para que se pronunciara en favor de uno y otro proyectos. Documento CAJ/G5324/WCZ de 19 Feb. 2004. Anexo 1.

17. Condiciones generales para el transporte de "pallets"

Muchos transportistas de carretera están intercambiando "pallets" o bandejas de carga, sin que exista un marco jurídico que ampare y regule esta práctica, con los consiguientes riesgos de toda clase para sus autores.

El Vicepresidente BAUER ha elaborado un texto, que recoge sus ideas sobre esta cuestión. Es el Documento CAJ/G4598/WCZ de 14 Abril 2003. De compleja elaboración por la pluralidad -a veces, multiplicidad- de actores en la cadena del transporte (remitente, comisionista del remitente, transportista contractual, transportista efectivo, comisionista del destinatario, destinatario), propietarios o no de los pallets, de donde deriva una paralela diversidad de cuadros de derechos, obligaciones y responsabilidades.

Estudiada y aceptada la propuesta, en 2004 se decidió incorporar tales normas a las Condiciones Generales de transporte elaboradas en 1994 por IRU. Documento CAJ/G5409/WZC de 25 Marzo 2004.

18. Actualización del modelo IRU 1976 de carta de porte CMR

Como es sabido, la Convención CMR de 19 Mayo 1956, reguladora del contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, no contiene (como Anexo, o de otra manera) un modelo de carta de porte, ni previsiones sobre la forma, tamaño o aspecto del documento, sino únicamente un conjunto de datos o indicaciones a incluir en el documento que se emita. Sin embargo, por simple razón de comodidad y uniformidad, la IRU estableció -en 1976- un modelo impreso, que cumple las exigencias de la Convención CMR, en tamaño DIN A-4 (hoy, de uso común), con casillas numeradas ajustadas a las exigencias de la Convención, conteniendo frases de inserción necesaria (p. ej. sumisión del contrato a la Convención pese a eventuales cláusulas contrarias: art. 6,1,k) y algunas referencias complementarias (p. ej. para mercancías peligrosas, además de la posible certificación, su clase y, en su caso, número y letra conforme al Convenio ADR).

En cualquier caso, IRU ha decidido actualizar aquel modelo: pues, desde que se aprobó -en 1976- han transcurrido casi treinta años, durante cuyo periodo diversos cambios (algunos, trascendentales) se han producido en el transporte, e incluso en lo no cambiado el propio transporte ha revelado aspectos cuya importancia no se tuvo en cuenta (o no suficientemente) en aquel momento.

Para ello, se ha creado un Grupo "ad hoc" -que me honra presidir-, en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU, compuesto por estudiosos de la Convención CMR, de varios países, cuya profesión nos hace también conocedores de la práctica del transporte, cuya misión ha sido estudiar estas mejoras y proponer un nuevo modelo.

Además, se han tenido en cuenta las variantes que algunos países han introducido en los modelos de carta de porte CMR de uso habitual en los mismos (se han examinado veinte modelos en total), para aprovechar aquello que parece más útil.

Este Grupo "ad hoc" se ha reunido cuatro veces en los dos últimos años (la primera sesión, en Mayo 2003).

Y como resultado de sus deliberaciones, ha formulado a finales en 2004 un proyecto de nuevo modelo. Cuyos principales cambios son:

a) Cambia la presentación, para ganar una casilla en la esquina superior derecha del documento, allí donde antes figuraban las letras CMR y la referencia a las reglas de la Convención CMR como derecho aplicable.

b) Esta referencia al Derecho aplicable pasa a un lugar más avanzado del documento, y no va numerado puesto que no es un acuerdo entre las partes, sino una imposición de la propia Convención.

c) Se añade la letra del país donde el documento ha sido emitido, en el ángulo superior derecho del documento. Ello, para mayor control y garantía de autenticidad (no siempre en otras casillas se indica el país); en la práctica, ya se viene poniendo esta letra. Por ejemplo, para España, sería la "E".

d) Respeta las Reglas Uniformes de Naciones Unidas para documentos comerciales ECE/TRADE/137 de 1981, especie de estructurar marco que para esta clase de documentos obliga a ciertos requisitos formales, tales como guardar un espacio en blanco de 10 mm. para la cabecera (para mantener su legibilidad si se sujeta en un bloc con pinza) y de 20 mm. para el margen izquierdo (idem en el frecuente caso de encuadernación o archivo del documento), tamaño de las casillas, etc.

e) Se añade al pie del documento un espacio libre, sin numerar, tras las firmas, correspondiendo -y así irá indicado expresamente- a su "carácter no contractual", donde el transportista puede anotar cualesquiera indicaciones o referencias de su interés (matrícula del vehículo, peso útil del mismo, puestos aduaneros a utilizar, distancias a recorrer, etc.) siempre en la medida en que interesen al transportista y nunca con carácter obligatorio, ni vinculante ante nadie.

f) Varias casillas cambian de lugar y número, para hacerlos corresponder al proceso cronológico normal de la operación de transporte.

g) Se añaden nuevos datos a rellenar o explicaciones de su utilidad en varias casillas: número de licencia del transportista (garantía de profesionalidad), hora en que, cargado en origen, el vehículo emprende viaje y que, descargado en destino se marcha (por si hay que pagar paralizaciones); horario de apertura de las instalaciones del destinatario (evitar demoras); reservas "al momento de la toma en carga de la mercancía" (para aclarar); documentos "entregados por el remitente al transportista" (idem); pactos "entre el remitente y el transportista" (idem); en mercancías peligrosas, datos más exactamente

ajustados al Acuerdo ADR; "tiempo de espera" del vehículo (como concepto a cobrar); etc.

Este modelo aún está siendo objeto de estudio por nuestro Grupo "ad hoc".

Todo lo anterior se refiere a la carta de porte CMR sobre soporte papel. Lo cual, como hemos dicho, a su vez se pretende que sirva de base para una futura elaboración de una carta de porte CMR electrónica uniforme, con lenguaje codificado -que podrá o no sustituir enteramente a la de papel (esto aún es pronto para decirlo)-.

19. Normativa aplicable al transporte de cabotaje

Del cabotaje, es decir, transporte nacional o interior realizado por transportistas no residentes en el propio país donde se efectúa pero sí en otro de la Unión Europea, cuyo servicio está sometido al Derecho nacional del país de acogida, ha tratado nuestra Comisión en varias ocasiones. Pero, se necesita saber mucho más. Por eso, tras recibir un amplio respaldo de las Asociaciones -entre ellas, ASTIC-, se ha decidido abordar un estudio, que como es habitual ha empezado por un amplio y detallado cuestionario. Proyectado en 2004, y en redacción definitiva enviado en 2005 a los miembros de la Comisión.

Quien suscribe ha elaborado el capítulo dedicado a España.

A la fecha de redacción del presente texto, aún no se sabe cómo se va a elaborar un estudio con estas respuestas, ni qué consecuencias se van a extraer de las mismas.

20. Trabajos circunstanciales

Los trabajos de la Comisión a que he venido aludiendo se complementan con intervenciones puntuales, en cada sesión, al hilo de circunstancias concretas del momento, que exigen con urgencia un pronunciamiento jurídico, o una recomendación, por parte de nuestro grupo. Así, entre los más recientes:

- bloqueo de carreteras en Francia e indemnizaciones por inmovilización de vehículos (1992);
- consecuencias jurídicas de la apertura del enlace fluvial Rhin-Main Danubio, de 3.500 Km. (1992);
- acuerdos suscritos en 7 Noviembre 1991 en Salzburgo, para la protección ecológica de los Alpes (1992);
- comentario a la Directiva 90/314/CEE del Consejo de 13 Junio 1990 sobre viajes y circuitos "a forfait" (1994);
- excesivo fraude y contrabando al amparo de los Cuadernos TIR (1995);
- utilización por los navieros estadounidenses de contenedores de dimensiones superiores a 40 pies (tamaño máximo hasta ahora

empleado), lo que originará graves inconvenientes a los transportistas de carretera, para su traslado, en operaciones de carácter multimodal (1995);

- trasposición a los ordenamientos nacionales de las Directivas 91/628/CEE del Consejo de 19 Noviembre y 95/29/CEE del Consejo de 29 Junio 1995 sobre transporte de animales vivos (1996) -un estudio comparativo entre Países ha sido elaborado por IRU mediante Documento 77746 de 13 Mayo 1997.-;

- encarcelamiento de conductores en ciertos países, de manera injustificada o desproporcionada a la importancia de la posible infracción cometida (1996);

- inadecuados proyectos de aumentar los impuestos que pesan sobre los vehículos en razón al grado de polución que cada unidad ocasiona (1996);

- accidente acaecido en el Túnel bajo el Canal de la Mancha (o "Eurotunnel") la noche del 18 Noviembre, en que se vieron afectados varios vehículos de transporte por carretera, con las mercancías en ellos contenidas (1996);

- sanciones a transportistas por llevar viajeros extranjeros desprovistos de los exigibles documentos de viaje, o inmigración clandestina (1997);

- bloqueo de carreteras en Francia e indemnizaciones por inmovilización de vehículos (1997);

- modificación del Código Civil holandés, que contiene normas sobre el transporte (1997);

- Jurisprudencia francesa sobre robo a mano armada de mercancías transportadas, la cual considera el supuesto como de "fuerza mayor" (1997);

- Sentencia de 9 Diciembre 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que condena a Francia por los ataques de sus agricultores a los camiones españoles y los productos hortofrutícolas -frutas y verduras- en ellos contenidos (1998);

- proyecto de modificación del Convenio CIM ferroviario, para "absorber" el transporte por superposición, hoy bajo régimen jurídico del art. 2 de la CMR (1998);

- aprobación en Francia de la Ley de Transporte de 6 Febrero 1998, conocida como "Ley Gayssot" por el nombre del Ministro de Transportes que la hizo aprobar, que modifica el Código de Comercio, estableciendo la "acción directa" en reclamación por el transportista del pago de portes tanto contra el remitente como contra el destinatario (1998);

- al hilo de dicha Ley, implantación en Francia del llamado "Document de suivi", especie de carta de porte en que deben constar los datos del contrato de transporte, pero con una finalidad de control administrativo (1998);

- nuevos trabajos por Naciones Unidas (Documento TRANS/WP.24/2000/3) ante el fracaso de su Convención de 24 Mayo 1980 sobre transporte multimodal, que no ha entrado en vigor por falta de suficiente número de ratificaciones (1999);

- creación por UNIDROIT de una base de datos de jurisprudencia de todos los países sobre la Convención CMR (1999);
- creación por la Sección I de IRU del díptico despegable titulado "Bienvenido a bordo", explicando los medios de seguridad de los autobuses (1999);
- accidente con incendio ocurrido en 24 Marzo 1999 en el Túnel bajo el Mont-Blanc, que enlaza Francia con Italia, que además de costar 30 vidas humanas, afectó a diversos vehículos (1999);
- nueva Ley de Transportes en Polonia (2000);
- bloqueo de la autopista del Brenner (2000);
- Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas (caso Ideal Tourisme) de 13 Julio 2000, referida a la llamada Sexta Directiva 77/388/EEC de 17 Mayo 1977, sobre no exención para el transporte internacional de viajeros por carretera (2000);
- Sentencia dictada en 5 Enero 2001 por el Tribunal Supremo de Holanda, que analiza el art. 29 de la Convención CMR definiendo el concepto de "temeridad consciente" (2001);
- homenaje que ASTIC rindió en 6 Noviembre 2000, coincidiendo con el 50 Aniversario de su Despacho profesional, a mi padre el Abogado D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino (2001);
- Sentencia de 19 Abril 2001, dictada por el Tribunal Constitucional de la República Checa, que erróneamente entiende que el art. 32,1 de la Convención CMR -con su plazo de prescripción de un año- no se refiere al pago del precio del transporte (2001);
- desafortunada recomendación por la "CEOE" belga de una cláusula de inserción en las cartas de porte, responsabilizando al transportista de todas las sanciones administrativas de transporte, incluidas las que deben soportar los cargadores (2002);
- Sentencia de 5 Febrero 2004 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que concierne a los peajes que se perciben de forma discriminatoria en la autopista del Brenner (2004);
- problema de que en Gran Bretaña las compañías de seguros se están negando a asegurar a las empresas de transporte por carretera cuando los conductores son menores de 25 años o extranjeros, considerando que trabajan peor, o corren mayor riesgo de sufrir accidentes (2004);
- carta que la Asociación de Transporte por Carretera de Dinamarca DTL ha enviado a la Comisión Europea pidiendo que se subsanen las hoy grandes diferencias en gravedad de las sanciones entre unos y otros países de la Unión Europea, especialmente en materia de tiempos de trabajo y descanso, pérdida del derecho a usar la licencia comunitaria, cuantía de sanciones de circulación, contrabando y trata de seres humanos, etc. (2004);
- naturalmente, quien suscribe -además de participar activamente en la mayoría de los trabajos resumidos a lo largo del presente artículo- ha informado en diversas fechas de todos los cambios legislativos y reglamentarios en España, desde las varias modificaciones de la LOTT y del ROTT, aprobación de las Condiciones Generales de transporte por Orden de 25 Abril 1997, implantación de la carta de porte por Orden de 31 Enero 2003, etc.

LAS JUNTAS ARBITRALES DEL TRANSPORTE

Por

Francisco SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Presidente de la Junta Arbitral del Transporte de Madrid

1. Organización y funciones de las Juntas Arbitrales del Transporte

El arbitraje, como medio alternativo al judicial de resolución de conflictos, tiene una larga tradición en el sector del transporte terrestre.

Prescindiendo de antecedentes más remotos, el precedente inmediato del actual sistema arbitral de transportes lo encontramos en las Juntas de Detasas creadas por Ley de 18 de julio de 1932.

Las Juntas de Detasas fueron sustituidas por las Juntas de Conciliación, creadas por el R.D. 1721/1978, de 2 de junio. Estas Juntas, en la práctica, nunca llegaron a entrar en funcionamiento.

Así llegamos a la situación actual en la que nos encontramos que la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres, conocida como "LOTT" (abreviatura que utilizaremos en adelante), instituye las Juntas Arbitrales del Transporte como instrumento de protección y defensa de las partes intervinientes en el transporte.

Las Juntas Arbitrales del Transporte se configuran como órganos de la Administración Pública, de participación social, y por tanto no tienen superior jerárquico, ello sin perjuicio de que su función primordial sea el arbitraje privado en las relaciones mercantiles de transporte. De ahí que su actuación se sujete simultáneamente a dos regulaciones diversas: en primer lugar la LOTT y la Ley de Arbitraje, pero también, a la legislación general administrativa, especialmente el procedimiento administrativo común,

Mediante Ley Orgánica 5/87 de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transporte terrestre y por cable, se delegó en las Comunidades Autónomas las funciones atribuidas por la LOTT a las Juntas Arbitrales del Transporte, con la condición de que el funcionamiento de las mismas respetará la organización, funciones y régimen jurídico establecidas en la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre y en su normativa de desarrollo, pudiendo las Comunidades Autónomas, salvo que exista disposición específica del Estado, establecer las Juntas en las localidades que considere conveniente.

La regulación de las Juntas Arbitrales corresponde al Estado. Las Comunidades Autónomas sólo tienen la facultad de establecer el número de Juntas que deban existir en su territorio, la sede de las mismas, el ámbito geográfico de actuación de las que decidan constituir y tienen la competencia para el nombramiento del Presidente/a, los Vocales y el Secretario/a.

Existen Juntas Arbitrales constituidas en todas las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Todas las Comunidades Autónomas han aceptado la delegación del Estado, salvo el caso del País Vasco, dónde la Junta Arbitral del Transporte depende del Estado (existe también una Junta Arbitral en Álava que depende de la Diputación Foral).

En el caso de Andalucía, Castilla y León y Cataluña, existe una Junta Arbitral constituida por provincia.

En Valencia hay dos Juntas Arbitrales, la de Alicante y la de Valencia y Castellón, y en las Islas Baleares, una en Mallorca y otra en Menorca.

En Aragón, Principado de Asturias, Canarias, Cantabria, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia y Navarra, se ha creado, respectivamente, una sola Junta Arbitral, cuyo ámbito competencial se extiende a toda la Comunidad Autónoma.

Las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla tienen sus propias Juntas Arbitrales.

En el caso de Castilla-La Mancha, existen Juntas de ámbito provincial y otra con competencias sobre varios municipios concretos.

Con independencia del número de Juntas que se hayan constituido en razón del territorio, en todas partes dónde se han creado hay en realidad dos Juntas Arbitrales por razón de la materia, la de Viajeros y la de Mercancías.

La Comunidad de Madrid, mediante el Decreto 42/1991, ha constituido las Juntas Arbitrales del Transporte de Viajeros y la del transporte de Mercancías, con sede ambas en el municipio de Madrid y competencias sobre todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

Las Juntas Arbitrales, tanto la de Mercancías, como la de Viajeros, cuya organización, régimen jurídico y funcionamiento es el mismo, habrán de estar constituidas necesariamente por un Presidente/a y dos Vocales en representación de cada uno de los sectores en litigio en la controversia que esté planteada ante la Junta.

Además podrán existir dos Vocales Administrativos, cuyo nombramiento no es obligatorio.

El Secretario/a no es miembro de la Junta, salvo que dicha función recaiga en uno de los Vocales Administrativos.

El Presidente/a debe ser miembro de la Administración, con conocimiento de las materias de competencia de la Junta y además ha de ser licenciado en derecho.

A los Vocales Administrativos, en caso de existir, se les exigirá conocimiento de las materias de competencia de la Junta, pero no el que sean licenciados en derecho.

Los Vocales Obligatorios representaran a las empresas de transporte y a los cargadores y usuarios.

Los vocales obligatorios no han de ser licenciados en derecho, ni se les exige ningún requisito salvo el de venir propuestos por sus respectivas asociaciones.

En la Comunidad de Madrid existe un representante por cada uno de los siguientes sectores, distinguiendo entre Mercancías y Viajeros:

a) Mercancías:

- Transporte público de mercancías.
- Transporte internacional de mercancías.
- Agencias de transporte de mercancías de carga completa..
- Agencias de transporte de mercancías de carga fraccionada.
- Transitarios.
- Almacenistas distribuidores.
- Renfe.

b) Viajeros:

- Transporte público de viajeros.
- Empresa Municipal de Transportes de Madrid (EMT).
- Agencias de viajes.
- Arrendamiento de vehículos.
- Metro de Madrid.
- Renfe.

En cuanto a las competencias de las Juntas, vamos a seguir la clásica división entre competencia material u objetiva y competencia territorial.

1. Competencia material u objetiva. Conforme establece el artículo 38 de la LOTT, corresponde a las Juntas Arbitrales resolver, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento.

Asimismo, les corresponderá resolver, en idénticos términos a los anteriormente previstos, las controversias surgidas en relación con los demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo objeto esté direc-

tamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que, conforme a lo previsto en la presente Ley, se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial.

En primer lugar hay que señalar que las competencias de la Junta se centran en el cumplimiento de los contratos de transporte y de actividades auxiliares y complementarias del transporte.

Por tanto, la Junta podrá resolver en relación con incumplimientos contractuales pero no así sobre la responsabilidad de naturaleza extracontractual.

En segundo lugar, resuelve controversias mercantiles, por lo que al menos una de las partes tendrá que ser comerciante, la otra, puede ser también comerciante, que será lo habitual en el arbitraje de transporte de mercancías, o puede ser un consumidor. Los contratos civiles no pueden ser objeto de arbitraje por la Junta.

La Junta Arbitral resuelve controversias no solo en relación con los contratos de transporte de viajeros o mercancías, sino también en relación con los que se formalicen en el ejercicio de actividades auxiliares y complementarias del transporte, tanto de viajeros como de mercancías, como pueden ser el de arrendamiento de vehículos con o sin conductor o el de depósito, en el almacenaje distribución, etc.

La competencia de la Junta se refiere a los contratos de transporte terrestre, y por tanto incluye también el transporte en ferrocarril, metro o tranvía.

El artículo 6.2 del R.D. 1211/1990, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante "ROTT") añade que estas funciones serán también ejercidas en relación con los transportes que se desarrollen en virtud de un único contrato por más de un modo de transporte, siempre que uno de éstos sea terrestre, y por tanto también tiene competencia la Junta en el transporte multimodal, siempre que uno de los modos utilizados sea terrestre, esto es, carretera o ferrocarril y que el transporte se haya contratado en contrato único.

Las Juntas tienen competencias, asimismo, en relación con el transporte por cable, ya que el artículo 1.2. de la LOTT establece que los transportes realizados por cable están sometidos a las disposiciones del Título Primero de la Ley, donde están reguladas las Juntas Arbitrales.

Por último, la competencia de las Juntas se extiende tanto al transporte interno como al internacional.

El artículo 38 de la LOTT en la redacción dada por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, establece una presunción

legal de sometimiento a las Juntas Arbitrales cuando la cuantía de la controversia no excede de 6.000 euros, salvo que alguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la relación del servicio o actividad contratada.

Con esta medida, el legislador ha mostrado su confianza hacia la actuación de las Juntas Arbitrales

Esta presunción legal, *iuris tantum*, que admite pues prueba en contrario, de la existencia de Convenio arbitral, a mi juicio es perfectamente compatible con la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el arbitraje de transporte (STC 174/1995) y viene a reforzar la seguridad jurídica de las partes intervinientes en el contrato de transportes, además de descargar de trabajo a la Administración de Justicia (hoy en día la competencia sobre la materia de transportes la tienen los Juzgados de lo Mercantil), dado que la mayoría de los contratos de transporte terrestre por carretera que se celebran, son de cuantía muy inferior a los 6.000 euros citados.

El acceso a un sistema de resolución de las controversias que puedan surgir, rápido y gratuito, sin necesidad de abogado ni procurador, con un procedimiento simple y antiformalista, responde, desde mi punto de vista, mejor a los intereses de las partes, que no un proceso judicial, con los gastos que conlleva, su duración y la solemnidad que imponen los tribunales de justicia.

2. Competencia por razón del territorio. La competencia territorial de las Juntas, en cuanto al arbitraje se refiere, la fija el artículo 7 del ROTT estableciendo cuatro puntos de conexión o foros de competencia: el lugar de origen, el de destino del transporte o el de celebración del contrato, a elección del peticionario o demandante, o bien aquella Junta a la que las partes se sometan expresamente.

En el caso de que la controversia se plantee ante más de una Junta, será competente aquella ante la que se hubiera suscitado con anterioridad, debiendo abstenerse en su favor las restantes.

Si se produjera un conflicto de competencias este sería resuelto por la Dirección General de Transportes por Carretera del Ministerio de Fomento, conforme a lo dispuesto en el artículo 37.2. de la LOTT.

La faceta más conocida de las Juntas Arbitrales es la que se refiere a su función arbitral y el ejercicio de la actividad arbitral, pero esta no es la única función que la legislación atribuye a las Juntas.

En segundo lugar en importancia, después de la actividad arbitral, estaría el depósito de mercancías y, en el caso del denominado privilegio del porteador, su subasta, para que el transportista se cobre el porte con el precio del remate obtenido en la misma.

Tienen las Juntas también la función de informar y dictaminar, a petición de la Administración o de las personas que justifiquen un interés legítimo, sobre las condiciones de cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y de actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera, las cláusulas generales y particulares de su ejecución, las incidencias derivadas de dicha ejecución, las tarifas aplicables y los usos de comercio de observación generales.

Por último la Junta también tiene competencias en relación con el peritaje de mercancías.

2. El depósito de mercancías por las Juntas Arbitrales del Transporte

Entre las funciones que el artículo 6.1.c) del ROTT atribuye a las Juntas Arbitrales del Transporte, figura la de actuar como depositarias y realizar, en su caso, la enajenación de mercancías.

El artículo 23.2 de la LOTT dispone que reglamentariamente se establecerá un procedimiento simplificado de depósito y en su caso enajenación de las mercancía no retiradas o cuyos portes no sean pagados a fin de garantizar la percepción por el transportista de los mismos.

Ese desarrollo reglamentario se ha realizado a través del ROTT y, sobre todo, de la Orden de 30 de marzo de 2001, del Ministerio de Fomento, por la que se establecen normas para la realización por las Juntas Arbitrales del Transporte de funciones de depósito y enajenación de mercancías (B.O.E. 14-4-03).

El Código de Comercio ya contemplaba en su artículo 369 la posibilidad de solicitar el depósito de la mercancía porteadada ante el Juez de primera Instancia y en los artículos 374 y 375 la subasta judicial de dichas mercancías para que el transportista se cobre el porte con cargo al precio de remate, el denominado privilegio del porteador.

La LOTT, el ROTT y la Orden de 30 de marzo de 2003, además de las condiciones generales de contratación del transporte de mercancías por carretera han extendido y ampliado las circunstancias en las cuales procede el depósito y venta de la mercancía, otorgando competencia para ello a las Juntas Arbitrales del Transporte, estableciendo un procedimiento más ágil y menos oneroso para el transportista que el judicial, con la intención declarada de simplificar el procedimiento.

Los interesados, al igual que sucede con el arbitraje, pueden optar entre solicitar el depósito y/o la subasta de la mercancía ante la autoridad judicial, ex artículos 369, 374 y 375 del Código de Comercio, o ante una Junta Arbitral, esto último en aplicación de los artículos 23 de la LOTT, 10 y siguientes del ROTT y ordenes ministeriales de 30 de marzo de 2003 y 25 de abril de 1997.

Los supuestos en los que procede el depósito están tasados, y de forma resumida serían:

a) Cuando el destinatario se niegue a pagar los portes debidos, no se halle en el domicilio indicado para realizar la entrega, rehúse recibir las mercancías o no las retire correspondiéndole hacerlo.

b) La negativa a realizar le descarga, cuando le corresponda al cargador o al destinatario.

c) Cuando las mercancías corrieran riesgo de perderse sin que hubiese tiempo para realizar la entrega ni para que sus dueños dispusieran de ellas

d) Previo al planteamiento de una controversia ante la Junta Arbitral cuando se produjeran dudas sobre el estado de los efectos transportados.

Por su parte, la enajenación de mercancía procede:

a) Impago de portes debidos, si bien sometido a unas limitaciones en cuanto al plazo para solicitar la subasta.

b) En los supuestos en que la mercancía corriera riesgo de perderse.

c) En cualquier supuesto de depósito constituido ante la Junta Arbitral procederá la enajenación de las mercancías cuando hubieran transcurrido tres años desde que se constituyó sin que el obligado a ello se hubiera hecho cargo de los gastos de depósito o cuando el valor de las mercancías fuera inferior a los citados gastos.

Las actuaciones de las Juntas Arbitrales dirigidas al depósito y enajenación de mercancía, no prejuzgarán la resolución de los posibles conflictos jurídicos que en relación con el cumplimiento del contrato de transporte o de cualquier otra naturaleza pudieran suscitarse. La reparación de los posibles daños indebidos que tales actuaciones pudieran causar será por cuenta de quién hubiera promovido la actuación de la Junta.

Asimismo, el que promueva la actuación de la Junta deberá responder de todos los gastos causados por el depósito y, en su caso, la enajenación de las mercancías, sin perjuicio de su derecho al reintegro.

La solicitud del depósito se realizará mediante escrito dirigido a la Junta Arbitral, acompañado de aquellos documentos que acrediten la existencia del contrato, sus condiciones, la ausencia del destinatario o del rehúse de la mercancía o cualquier otro documento de que disponga el solicitante para justificar su pretensión.

Previamente a admitirse cualquier depósito, el Presidente o Secretario de la Junta deberá comprobar las mercancías, mediante examen de las mismas.

Si la clase, el estado o las características de las mercancía desaconsejaren o impidieran llevar a cabo el depósito, podrá desecharse éste.

En caso de tratarse de mercancías que se encuentren en mal estado para el uso o consumo, se procederá a su arrojado o destrucción, levantándose el correspondiente acta.

El depósito se podrá realizar en los locales de los que disponga el transportista o en locales de la Administración.

En el caso del depósito que se realice en los locales del transportista, este tendrá derecho al importe de los gastos ocasionados y en el supuesto del depósito realizado en los locales puestos a disposición por la Administración, el solicitante del depósito, en el caso de la Comunidad de Madrid, deberá pagar una tasa que ronda entre los 9 euros/mes por pallet o 12 euros/mes por m².

Cuando no exista disponibilidad de locales adecuados para el depósito de las mercancías de que se trate, podrá denegarse el mismo.

El procedimiento a seguir para la tramitación de las solicitudes de depósito, es muy sencillo, recibido el escrito de solicitud del depósito, se da traslado de este, junto con la documentación que lo acompañe al cargador y al destinatario, dándoles un plazo, como máximo de diez días, para que aleguen lo que a su derecho convenga.

A la vista de la documentación presentada y de las alegaciones de los interesados, así como de la documentación que hubieran aportado, la Junta decidirá si constituye el depósito o no.

En caso de acordar el depósito, se levantará un Acta de Depósito, firmada por el Presidente de la Junta, por el representante de la empresa o entidad colaboradora que se haga cargo del depósito, por el transportista o persona que interese el depósito y, en general, por cualquier persona que concurra al acto y acredite tener interés legítimo.

En cuanto a la subasta de la mercancía, que como se ha dicho procede en los casos en que la mercancía viaje a portes debidos y ni el destinatario ni el remitente los paguen en plazo de 24 horas desde la entrega de la mercancía, o bien rehúsen pagarlos, o el destinatario no se encuentre en la dirección de entrega, el procedimiento es muy flexible, y salvo algunas normas mínimas, queda en manos de la Junta Arbitral.

La subasta se realizará, normalmente, por el procedimiento de puja abierta, si bien podrá realizarse por el sistema de plica cerrada cuando así lo acuerde expresamente la Junta.

Podrá haber hasta tres subastas. El tipo de licitación para la primera subasta será el precio de las mercancías fijado en la valoración que al efecto se realice. Para la segunda subasta el tipo de licitación será del 75 por 100 de la primera y para la tercera bastará con que cubra la deuda y los gastos.

El Presidente podrá exigir que se preste fianza que no podrá exceder del 10 por 100 del valor de licitación.

El anuncio de subasta se expondrá necesariamente en el tablón de anuncios que, a estos efectos, tenga la Junta en su sede y se enviará, para su difusión, a las instituciones, asociaciones y entidades con interés en la materia. Si el valor previsible a obtener en la licitación lo permitiera, podrá publicitarse, además, anuncios en los correspondientes boletines oficiales.

El acto de la subasta será público.

La subasta la podrá realizar por sí la Junta o contratar una entidad especializada.

Por último, la Junta podrá acordar la venta directa de las mercancías en depósito cuando por la naturaleza, el estado de conservación de los bienes o por la concurrencia de un accidente u otras causas técnicas sobrevenidas, no sea posible promover la subasta sin riesgo de que las mercancías se pierdan, cuando hubiera resultado desierta la subasta o cuando el escaso valor de las mercancías depositadas en relación con los gastos que previsiblemente generará la concurrencia y licitación pública, no aconseje promoverlas.

3. Repercusión de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre arbitraje, en la actividad de las Juntas Arbitrales del Transporte

Junto a las tradicionales formas de actividad de la Administración Pública, las de policía, fomento, prestación de servicios públicos y sancionadora, viene cobrando creciente auge la actividad arbitral de la Administración, consistente, según palabras del profesor Ramón Parada, en aquella que realiza la Administración cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos.

La razón hay que encontrarla en la sobrecarga de asuntos que aqueja a la Administración de Justicia y que conlleva la lentitud de los procesos judiciales, particularmente indeseable en el ámbito de la actividad mercantil.

Además, el arbitraje presenta ciertas ventajas frente al proceso judicial por cuanto trata de buscar una solución a la controversia jurídica más pacífica y amigable que en el proceso judicial, más barata, más rápida, confidencial, en cuanto que el procedimiento arbitral no es público y con un menor formalismo.

De otro lado, normalmente el nombramiento de árbitro recaerá en especialistas en la materia objeto del arbitraje, con lo que se consigue una resolución de la controversia con igual calidad técnica de la que se obtendría acudiendo a los Tribunales de Justicia.

Por contra, los colegios arbitrales no pueden ejecutar las resoluciones que adopten, no solo los laudos arbitrales, sino tampoco las medidas cautelares, sino que será el particular vencedor en el litigio, quién habrá de pedir al Juzgado de Primera Instancia competente la ejecución del laudo arbitral, en nuestro caso, la competencia recae en los Juzgados de lo Mercantil.

Tampoco podrán los árbitros plantear cuestiones de constitucionalidad y tan sólo podrán conocer de aquellas materias sobre las que los particulares que se sometan al arbitraje tengan libre disposición. Así, están excluidas del arbitraje las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición, las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, debe intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pudieran actuar por sí mismos, las cuestiones laborales y las penales.

En todo caso, no conviene encarar la relación entre proceso judicial y arbitraje desde una perspectiva competitiva y antagónica, sino que los interesados han de analizar las ventajas e inconvenientes que para ellos presenta cada uno de estos dos sistemas, de tal forma que los usuarios son quienes han de decidir que conviene más a sus intereses, si la resolución de la controversia surgida entre ellos a través de los tribunales ordinarios o acudiendo a un arbitraje, teniendo en cuenta que los efectos van a ser los mismos, esto es, la resolución con efectos de cosa juzgada.

En definitiva, el arbitraje es una alternativa práctica y real, a la jurisdicción ordinaria.

En el ámbito del transporte terrestre y por cable, el legislador ha creado un sistema arbitral especializado, administrado por las Juntas Arbitrales del Transporte, en el que el protagonismo es compartido por la Administración y los agentes económicos implicados en las operaciones de transporte, esto es, los empresarios del transporte, los cargadores y los consumidores.

La LOTT, en su artículo 38.1. remite a la Ley de Arbitraje en cuanto a los efectos de los laudos arbitrales dictados por las Juntas Arbitrales del Transporte, al disponer que las Juntas Arbitrales decidirán con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje.

La legislación general de arbitraje la constituye, hoy en día, la Ley 60/2003, de Arbitraje, que deroga la de 1988, vigente durante 15 años, y que entró en vigor el 26 de marzo de 2004.

El legislador justifica la nueva norma en la necesidad de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje y la acomodación a la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

La nueva ley se promulga con la intención declarada de impulsar el arbitraje, sobre todo el internacional y convertir a España en un lugar habitual de práctica de arbitrajes internacionales, principalmente en relación con el comercio entre la Península y los países iberoamericanos.

Se pretende homologar nuestra legislación arbitral a los países más dinámicos en el arbitraje internacional, modernizar la Ley de 1988 en materias como el convenio arbitral o las medidas cautelares, definir el arbitraje internacional y atraer arbitrajes del área iberoamericana, particularmente interesante en contratos firmados por empresas españolas o europeas con empresas de ese área geográfica.

El legislador ha detectado que las carencias de nuestra Ley de 1988 han propiciado que el uso de la técnica arbitral en las relaciones comerciales con Iberoamerica se hiciese con referencia a instituciones anglosajonas, con el efecto negativo que ello representa para España.

Por ello, pretende conseguir con esta norma, que los operadores de este área consigan mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España, lo que facilitará, en la intención del legislador, convenios arbitrales en los que se designe nuestro País como lugar del Arbitraje.

Como hemos dicho, esta Ley tiene el carácter de Ley marco del arbitraje, con una pretensión de regulación general, aplicable con carácter supletorio a legislaciones sectoriales, como es la de transportes, y que regula tanto al arbitraje ad hoc, como el arbitraje institucional.

La nueva ley se basa en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNICTRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985.

En cuanto a su ámbito de aplicación, al igual que hacía la Ley 36/1988, declara que no pueden ser objeto de arbitraje aquellas materias sobre las que las partes no tengan disponibilidad. Es una regla coherente con nuestro ordenamiento jurídico, dado que el sometimiento de una controversia jurídica a arbitraje, tiene su origen en un contrato entre las partes por el cual estas deciden renunciar a su derecho a la tutela judicial efectiva, dirimiendo la disputa surgida entre ellas, por la vía del arbitraje.

Como el origen del arbitraje es contractual, está en el acuerdo entre las partes, sólo podrá recaer sobre aquellas materias en las que juegue la

autonomía de la voluntad de las partes y que por tanto sean de libre disposición, ya que respecto al derecho imperativo, las partes carecen de esa libre disposición.

En cuanto al procedimiento establecido por la ley, se parte de la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes, ahora bien, si las partes deciden someter la controversia a una institución arbitral, esa autonomía de la voluntad se ve limitada, puesto que el sometimiento a una institución arbitral, supone aceptar las reglas y procedimientos que rigen dicha institución. Este es el caso del sometimiento a las Juntas Arbitrales del Transporte, que implica para las partes la aceptación de las reglas y del procedimiento regulado en la LOTT y el ROTT y demás normas de desarrollo que pudieran dictarse.

Los aspectos novedosos más interesantes introducidos por la nueva Ley serían, a nuestro juicio, y sin ánimo de ser exhaustivos: se presume que el arbitraje es de derecho, salvo que las partes acuerden expresamente que sea de equidad, se define el arbitraje internacional, se establece la renuncia tácita a las facultades de impugnación en caso de no ejercerlas tan pronto como sea posible, se establece una mayor libertad de formas en cuanto al convenio arbitral, admitiéndose soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, se regula expresamente el convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión, se regula de manera diferente la abstención y recusación de los árbitros, se atribuye expresamente a los árbitros la potestad para decidir de oficio sobre su competencia, así como para adoptar medidas cautelares, se admite la ampliación de la demanda y la reconvenición, se regula el nombramiento de peritos por los árbitros, la posibilidad de dictar laudos parciales y de plasmar en un laudo el acuerdo de las partes y se regula la anulación y revisión del laudo no como un recurso sino como un procedimiento.

De todas estas novedades destacaría lo relativo al convenio arbitral, los laudos arbitrales, el arbitraje de derecho y las medidas cautelares.

Qué duda cabe que la nueva ley refuerza la validez del convenio arbitral, que se va a caracterizar por su antiformalismo, frente a posibles impugnaciones de la parte disconforme, obligándole a impugnar la competencia del colegio arbitral para resolver la controversia, tan pronto como la conoce.

La ley sigue un criterio antiformalista en cuanto al convenio arbitral, este ha de constar de forma escrita, pero se admite también otros medios, siempre que quede constancia de su contenido y permitan su consulta posterior, así podrá constar en un soporte electrónico, en audio o en video.

De otro lado, se establece la posibilidad de que el colegio arbitral dicte laudos parciales, tanto sobre el fondo, como sobre cuestiones procesales.

En cuanto al arbitraje de derecho, se impone que esta sea la regla, y que solo con acuerdo de las partes, el arbitraje será de equidad.

EL TACÓGRAFO DIGITAL: SISTEMA DE SEGURIDAD Y CONTROL DE VEHÍCULOS PARA TRANSPORTE DE VIAJEROS Y DE MERCANCÍAS

Por

Alfonso SÁNCHEZ MARCOS

Subdirector General de Inspección

Ministerio de Fomento

(Madrid)

1. Introducción

El Derecho español, mediante Orden del Ministerio de Fomento nº 1190/2005 de 25 Abril 2005, regula la implantación del tacógrafo digital en los vehículos de transporte por carretera, tanto de viajeros como de mercancías.

La Orden tiene así en cuenta las modificaciones de adaptación al progreso técnico habidas en el Reglamento CEE 3821/85 del Consejo, incluida la verificada por Reglamento CEE 1360/2002 de la Comisión de 13 Junio 2002.

Como señala dicha Orden, el tacógrafo digital sirve para registrar, almacenar, visualizar, imprimir y transferir los datos básicos relativos a las actividades del conductor o conductores de un vehículo en la memoria o en las tarjetas del tacógrafo, a fin de que la Administración pueda controlar el cumplimiento de la normativa sobre tiempos máximos de conducción y mínimos de descanso.

De cumplimiento indispensable porque aparte de los derechos laborales de los conductores está en juego algo que afecta a muchas más personas, cual es la seguridad vial: un chófer que lleve conduciendo demasiado tiempo seguido puede "dormirse" al volante, y ello obviamente representa un enorme peligro, no sólo para sí mismo y su vehículo, sino también para los demás usuarios de la carretera, instalaciones colindantes, etc.

Normativa que básicamente consiste en el Real Decreto español nº 2242/1996 de 18 Octubre (BOE 26) y el Reglamento CEE 3820/85 de 20 Diciembre.

El art. 1 del referido Real Decreto español establece la aplicabilidad "en bloque" del también citado Reglamento CEE 3820/85 a los servicios de transporte nacional dentro de España. Sobrepasen o no los límites de una Comunidad Autónoma.

Se complementa con el ya mencionado Reglamento CEE núm. 3821/85 de 20 Diciembre 1985 sobre el aparato de control o "tacógrafo".

Legislación por lo demás -como el resto del acervo jurídico comunitario- aplicable directamente en España desde que nuestro país ingresó en el Mercado Común o Unión Europea, en 1 Enero 1986.

Además, el art. 1 de dicho Real Decreto nº 2242/1996 establece la aplicabilidad "en bloque" del Reglamento CEE 3820/85 a los servicios de transporte nacional dentro de España. Sobrepasen o no los límites de una Comunidad Autónoma.

Ambos Reglamentos son de aplicación a todos los conductores que realicen algún tipo de transporte, ya sea público o privado, de mercancías o de viajeros, sean españoles o extranjeros, efectúen el transporte por el interior de España o por el territorio de otros países de la Unión Europea, lleven el vehículo en carga o circulen en vacío.

Estas normas, al igual que otras dictadas por la Administración, inciden en la ejecución del contrato de transporte, deben ser respetadas por el transportista: art. 377 del Código de Comercio.

El tacógrafo digital sale así al frente de la facilidad de manipulación del tacógrafo tradicional de discos de cartulina, que distorsiona la competencia ("quien no lo manipula, sale perjudicado") y atenta a la seguridad ("porque nadie cumple los horarios que con el aparato se deberían controlar").

La memoria del tacógrafo digital almacena los datos sobre actividades realizadas en los últimos 365 días, en tanto que las tarjetas permiten identificar al titular y almacenan los datos sobre su actividad durante los últimos 28 días.

Por su parte, la tarjeta de control identifica al organismo de control y, en su caso, a la persona que realiza ese control, permitiendo acceder a la información almacenada en las tarjetas o en el tacógrafo, a efectos de su lectura, impresión o transferencia.

La tarjeta de centro de ensayo identifica al titular y permite activar, probar y calibrar el tacógrafo, así como transferir los datos registrados en el mismo.

Mientras que la tarjeta de empresa identifica al transportista y permite visualizar, imprimir y transferir la información almacenada en el tacógrafo y activar y desactivar el bloqueo del tacógrafo.

Al insertar una tarjeta en el tacógrafo éste detectará si es una tarjeta válida y qué tipo de tarjeta se ha introducido.

El Reglamento CEE 2135/1998 establece un plazo de 21 meses para la entrega de tarjetas de conductor desde la publicación de las prescripciones técnicas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, momento a partir del cual sin tarjeta del centro de ensayo

no se podrán activar y calibrar los tacógrafos ni, por tanto, llevar a cabo los controles pertinentes sobre las actividades de los conductores en cuanto a tiempos de conducción y descanso. Sin tarjeta de empresa no se podrá volcar la información sobre actividades de los conductores para almacenarla en la sede de la empresa. Todo ello determina que para un correcto funcionamiento del sistema es necesario que todas las tarjetas estén operativas antes de la implantación del tacógrafo digital, según acuerdo del Consejo de Ministros de la UE, en 1 Enero 2006.

La homologación, entendida como procedimiento por el que se certifica que el aparato de control cumple los requisitos del citado Reglamento CEE 1360/2002, corresponde a los Estados miembros de la Unión Europea.

Una vez activado con una tarjeta de centro de ensayo, el aparato pasa a ser totalmente operativo.

Calibrado es la confirmación de los parámetros del vehículo que van a guardarse en la memoria (matrícula del vehículo, número de bastidor, estado miembro de matriculación, kilómetros, hora, valor de ajuste del limitador de velocidad, tamaño de los neumáticos, coeficiente característico del vehículo y constante del aparato de control), que se realiza con una tarjeta de centro de ensayo.

2. Operatividad

Una vez instalado y verificado el aparato de control o tacógrafo digital, se coloca una placa de instalación, en la que figurará el nombre completo y domicilio del instalador o centro de ensayo, coeficiente característico del vehículo, constante del aparato de control, circunferencia efectiva de los neumáticos en la forma, tamaño de los neumáticos y número de bastidor. Cualquier conexión que pudiera ocasionar modificaciones o pérdidas de datos, habrá de ser precintada, así como la placa de instalación, salvo que esté sujeta de tal forma que no pueda retirarse sin destruir las inscripciones que figuren en ella.

Al insertar una tarjeta de conductor, el tacógrafo registra nombre del titular, número de la tarjeta y fecha de caducidad, Estado que ha expedido la tarjeta, fecha y hora de la inserción y extracción; lectura de cuentakilómetros en el momento de insertar y extraer la tarjeta, actividades realizadas en el tiempo que la tarjeta ha estado insertada, país o región donde comienza y donde termina el trabajo, matrícula del vehículo anteriormente utilizado por el conductor, fecha y hora de extracción de la tarjeta en dicho vehículo, y bandera que indique si en el momento de insertar la tarjeta el titular ha introducido manualmente alguna actividad.

Por su parte, la tarjeta del conductor almacena nombre del titular, número de la tarjeta, Estado miembro y autoridad que expide la tarjeta,

fecha de expedición y caducidad de la misma, número de permiso de conducir, Estado miembro y autoridad que ha expedido el permiso, fecha y hora de inserción y extracción de la tarjeta en el tacógrafo, kilómetros recorridos en el momento de inserción y en el de extracción, matrícula del vehículo y Estado miembro de matriculación, actividades del conductor durante el tiempo que la tarjeta esté insertada y país o región donde comienza y donde termina el trabajo diario.

Al insertar una tarjeta de control, el tacógrafo registra y almacena fecha y hora del control, número de la tarjeta y Estado miembro que la expidió, referente a los 20 controles más recientes. El tipo de control es visual, mediante impresión de datos.

En fin, al insertar una tarjeta de empresa, el tacógrafo registra y almacena los siguientes datos: nombre de la empresa, fecha y hora de transferencia, número de la tarjeta y Estado miembro que la expidió.

Todas las tarjetas de tacógrafo incorporan una referencia compuesta de 16 caracteres alfanuméricos. Los 13 primeros caracteres identifican la tarjeta. El siguiente es el índice consecutivo de la tarjeta e identifica las distintas tarjetas asignadas a una empresa u organismo con derecho a utilizar varias tarjetas. El decimoquinto carácter es el índice de sustitución de la tarjeta. Por último, el decimosexto corresponde al índice de renovación de la tarjeta. Estos dos últimos caracteres se incrementan en una unidad cada vez que se renueva la tarjeta.

Las situaciones de "trabajo", "disponibilidad" y "pausa/descanso" del conductor se pueden seleccionar manualmente. Cuando el vehículo se encuentra en movimiento, la tarjeta selecciona automáticamente el modo "conducción" para el conductor y el modo "disponibilidad" para el segundo conductor. Una vez que el vehículo se detiene, selecciona "trabajo". Si en un tiempo inferior a dos minutos se selecciona "pausa/descanso" o "disponibilidad", ésta se computará desde que el vehículo se detuvo.

3. Sistema de registro y control

En España, la Dirección General de Transportes por Carretera del Ministerio de Fomento y la Real Casa de la Moneda y Timbre, en colaboración, llevan a cabo el sistema de registro y control de tarjetas de tacógrafo.

Las Oficinas Provinciales de Registro (OPR) se encargan de la verificación de identidad del solicitante, recepción de documentación y pago de tasas, introducción de datos en el sistema, consulta a CIA, validación de datos con la Dirección General de Tráfico y la Dirección General de Transportes con la firma del solicitante; escaneado de formulario; archivo de la documentación y entrega de tarjetas.

Finalmente, las gestorías administrativas privadas se ocuparán de: verificación de identidad de solicitante, recepción de documentación administrativa, cumplimentación e impresión del formulario, firma y validación por solicitante, recepción de tasas y envío de la documentación al centro de registro.

2. TRANSPORTE DE VIAJEROS

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA EN BÉLGICA

Por

Carine BERGERS

Departamento Jurídico

Federación Belga de Empresas de Autobuses y Autocares-F.B.A.A.

(Bruselas)

1. Una normativa influenciada por la legislación europea

El papel jugado por la Unión Europea en la reglamentación del transporte de viajeros no ha dejado de crecer en importancia debido al establecimiento del mercado único europeo. Incluso esta evolución aún se ha visto reforzada por la ampliación de la UE, cuando en 1º de Mayo 2004, se han adherido a la misma diez nuevos países.

Las reglas comunes para la ejecución de los transportes internacionales de viajeros efectuados por autobús o autocar fueron establecidas por el Reglamento CEE 684/92 del Consejo de 16 Marzo 1992¹, modificado por el Reglamento CEE 11/98 del Consejo de 11 Diciembre 1997².

De ello resulta que desde primero de Junio de 1992 el mercado europeo único es una realidad en el ámbito del transporte colectivo de viajeros por carretera, estando garantizada su libre prestación sin discriminación por razón de nacionalidad o del lugar de establecimiento.

Tras haber sido creado el espacio económico europeo, la aplicación de estas reglas se extendió el 1 Julio 1994 a Noruega. El citado Reglamento 11/98, que entró en vigor el 11 Diciembre 1998 confirma la libre ejecución de los servicios y llega incluso más lejos en esa vía liberalizando todos los servicios discrecionales.

Destaquemos que por servicios discrecionales («occasionnels») se entienden todos aquellos que no entran en la definición de regulares, incluyendo los de lanzadera («navette»), cuya definición como tales por otra parte ha sido suprimida.

En el sector de los servicios regulares de uso especial la liberalización se ha producido por el hecho de que un contrato con el cliente («donneur d'ordre») basta para la ejecución de tales servicios. La autorización

1 Reglamento (CEE) nº 684/92 del Consejo de 16 Marzo 1992 que establece reglas comunes para los transportes internacionales de viajeros efectuados por autocares y autobuses, Journal Officiel C.E. 20 Marzo 1992, nº L 74/1-74/9.

2 Reglamento (CE) del Consejo de 11 Diciembre 1997, que modifica el Reglamento (CEE) nº 684/92 que establece reglas comunes para los transportes internacionales de viajeros efectuados por autocares y autobuses, Journal Officiel C.E. 8 Enero 1998, L 4/1-4/14.

solo es necesaria cuando no existe tal contrato entre el transportista y su cliente.

Esta liberalización de los servicios regulares de uso especial es la base de una modificación legislativa en la Región flamenca.

Otro cambio importante introducido por este Reglamento es la instauración de una licencia comunitaria, que, desde 11 Junio 1999, debe llevarse a bordo de cada vehículo.

El hecho del mercado europeo único se vió todavía reforzado por el Reglamento UE 12/98, que fijaba las condiciones de actividad de los transportistas no-residentes en los transportes nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro («cabotaje»). Esta normativa sustituye al Reglamento UE 2454/92, que fue anulado por razones de procedimiento. Aplicado desde 11 Junio 1999, tampoco modifica el principio de libre ejecución de servicios de cabotaje bajo forma de servicios discrecionales cubiertos por una hoja de ruta.

La legislación europea juega igualmente su papel en el sector de los servicios regulares. Dos propuestas de la Comisión van encaminadas a modificar el Reglamento nº 1191/69 con la finalidad de desarrollar la concurrencia en el ámbito de la prestación de transportes públicos. Se trata, por una parte, de la Propuesta de Reglamento de 26 Julio 2000 relativo a la acción de los Estados miembros en materia de exigencias de servicio público y a la conclusión de contratos de servicio público en el ámbito de los transportes de viajeros por ferrocarril, por carretera y por vía navegable³; y de otro lado, la Propuesta modificada de Reglamento de 25 Febrero 2002 sobre igual materia⁴. Al día de hoy, ningún consenso político se ha logrado a nivel del Consejo. Entre tanto, se han dictado dos Sentencias del Tribunal de Justicia de las CC.EE. en materia de subvención a los transportes públicos: la Sentencia Altmark⁵ y la Sentencia Combust⁶.

2. Una materia en parte delegada a las Regiones

Como consecuencia de varias reformas institucionales, Bélgica ha pasado de ser un Estado unitario a tener un régimen federal.

3 Proposición de Reglamento de 26 Julio 2000 sobre acción de los Estados miembros en materia de exigencias de servicios público y conclusión de contratos de servicio público en el ámbito de los transportes de viajeros por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, COM (2000) 7 final – 2000/0212 (COD).

4 Propuesta modificada de Reglamento de 25 Febrero 2002 relativa a la acción de los Estados miembros en materia de exigencias de servicios público y conclusión de contratos de servicio público en el ámbito de los transportes de viajeros por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

5 Sentencia de 24 Julio 2003, C-280/00

6 Sentencia de 16 Marzo 2004. T-157/01

Las dos Leyes Especiales de 8 Agosto 1980 y de 8 Agosto 1988, sobre reformas institucionales, han tenido por efecto que los servicios regulares y los servicios regulares de uso especial pasaron a depender de las tres regiones en que se divide el territorio belga, es decir, la Región Flamenca, la Región Valona y la Región de Bruselas. Esta evolución ha dado como resultado que la normativa puede ser diferente de una región a otra.

Los servicios discrecionales, así como el acceso a la profesión, siguen siendo de competencia federal.

3. La Ley del Transporte de 25 Agosto 1891

La responsabilidad del empresario de autobuses o autocares por la prestación del transporte se rige por la Ley de 25 Agosto 1891, relativa al contrato de transporte (Título VII-bis del Código de Comercio).

3.1. Responsabilidad respecto a los viajeros

El transportista es responsable de los accidentes sobrevenidos a los viajeros, salvo que pruebe que tales accidentes fueron provocados por una causa ajena, que no le pueda ser imputada.

La obligación del empresario de autobuses o autocares consiste en garantizar la seguridad de los viajeros y llevarlos sanos y salvos a su destino. No le basta con haber recurrido a todos los medios necesarios para alcanzar ese resultado: tiene además que garantizarlo. Pesa sobre sí, por tanto, una obligación de resultado: en caso de accidente, el transportista será considerado legalmente responsable.

Sólo puede exonerarse de esa responsabilidad si aporta la prueba de que el accidente se debió a una causa ajena, que no le pueda ser imputada: fuerza mayor, culpa o imprudencia de la víctima o de un tercero del cual el transportista no es responsable.

3.2. Responsabilidad respecto a los equipajes

Hay que distinguir entre los bultos de mano (que el viajero lleva on él durante el viaje) y el equipaje que se confía al transportista para ser colocado en la bodega del vehículo.

En primer lugar, de los bultos de mano el empresario sólo es responsable si el viajero consigue probar que el transportista ha cometido una falta causante del daño o la pérdida.

En cuanto a los equipajes facturados, el transportista es considerado responsable salvo que pruebe que ha aplicado toda la diligencia necesaria para evitar el daño o la pérdida.

3.3. Limitación de la responsabilidad

La Ley de 1891 no prevé límite legal alguno de responsabilidad (limitación cuantitativa máxima de la deuda indemnizatoria) en el transporte de personas.

De todas formas, el empresario de autobús o autocar puede limitar su responsabilidad por vía convencional, es decir, insertando en un contrato con su cliente condiciones generales en las que incluyan una cláusula de exoneración. De ese modo podría limitar su responsabilidad contractual, en general, y su responsabilidad en concreto por los equipajes.

Para ser válida, dicha cláusula de exoneración debería cumplir las condiciones siguientes:

- Los perjuicios a indemnizar, según lo estipulado en el contrato, no pueden ser tan insignificantes que en la práctica resulten una liberación completa;
- Nunca es posible exonerarse de las consecuencias del dolo ("préméditation») o de la culpa grave que le sea equiparable.

El transportista que invoca esa cláusula de exoneración debe probar que la misma ha sido específicamente conocida por su contraparte en el momento de la conclusión del contrato, y que dicha contraparte la ha aceptado (expresa o tácitamente).

3.4. Reclamaciones jurisdiccionales

Las acciones ante los Tribunales de Justicia nacidas del contrato de transporte prescriben por el transcurso de un año a contar desde el día en que acaeció el hecho que da origen a la misma.

3.5. Conclusiones

La obligación de resultado y la responsabilidad ilimitada del transportista pueden conllevar consecuencias graves en caso de reclamación jurisdiccional presentada por un cliente. Por eso, se aconseja a los transportistas limitar su responsabilidad contractual respecto a los equipajes mediante una cláusula exoneratoria que reúna las condiciones arriba referidas.

Sin embargo, es imposible limitar la responsabilidad respecto a los viajeros. Es más, la nueva Directiva europea en materia de seguros aumenta considerablemente los montantes mínimos de cobertura, y los amplía a los peatones y ciclistas víctimas de un accidente, tanto si ellos mismos fueron los causantes como si no. La consecuencia es un fuerte incremento en las primas.

La CVR (Convención relativa al contrato de transporte internacional de viajeros y sus equipajes por carretera), de 1 Marzo 1973, sí prevé límites de responsabilidad. Pero no se aplica, al no haber sido ratificada por suficiente número de países.

4. El acceso a la profesión

El Real Decreto de 10 Diciembre 2003⁷ fija las condiciones de acceso a la profesión de transportista de viajeros por carretera, modificando así el anterior Real Decreto de 5 Septiembre 1978. Ese Real Decreto de 2003 ha entrado en vigor el 1 Enero 2005 y ha sido aprobado en ejecución de la Directiva 96/26/CE del Consejo de 29 Abril 1996, relativa al acceso a la profesión de transportista por carretera de viajeros o de mercancías.

4.1. Campo de aplicación

El Real Decreto se aplica a la empresa, es decir a toda persona física o jurídica, con o sin ánimo de lucro, toda agrupación de personas sin personalidad jurídica y con o sin ánimo de lucro, así como a todo organismo que nazca de la Autoridad Pública dotado de personalidad jurídica propia o dependiente de una Autoridad que ostente tal personalidad.

4.2. Exenciones

El Real Decreto no se aplica:

- A los establecimientos docentes, a los poderes públicos, a las Asociaciones de padres de alumnos, a las de amigos de un colegio y otros organismos similares que, por medio de sus propios vehículos, efectúan servicios de recogida y otros de transporte escolar de ámbito local que les estén vinculados;

- Al transporte por un empresario, mediante su propio material móvil y bajo su propia responsabilidad, al transporte desde y hasta las estaciones efectuado por hoteles, ni al transporte hasta o desde los aeropuertos efectuado por las compañías de navegación aérea;

Sobre todo la primera exención plantea problemas, dado que las asociaciones y las autoridades públicas no se suelen limitar a los servicios de recogida u otros de ámbito local que les estén vinculados

4.3. Acceso a la profesión

Toda empresa que desee acceder a la actividad de transportista de viajeros por carretera, o que ya ejerza esa profesión, debe cumplir las condiciones de honorabilidad, capacitación profesional y capacidad económica.

La honorabilidad se acredita mediante un certificado de buena conducta.

⁷ Moniteur belge 22 Diciembre 2003 (equivalente a nuestro Boletín Oficial del Estado – N. Del T.)

La capacitación profesional se acredita:

- bien por un certificado de capacitación profesional para el transporte nacional e internacional de personas por carretera;
- bien por un testimonio de la capacitación profesional emitido por la Autoridad o entidad designada al efecto, perteneciente a otro país miembro de la Unión Europea.

La empresa cumple la condición de capacidad económica cuando puede justificar la constitución de un aval solidario cuyo montante queda fijado en:

- 9.000 euros como mínimo por el primer vehículo;
- 5.000 euros como mínimo por cada vehículo adicional.

El aval se aplica a toda clase de vehículos, es decir, tanto a vehículos destinados a servicios regulares y servicios regulares de uso especial como a vehículos destinados a servicios discrecionales. Esta ampliación a los servicios regulares y servicios regulares de uso especial constituye una novedad en relación a la reglamentación actual, que prevé el aval únicamente para los vehículos destinados a servicio discrecional.

El sector está trabajando para conseguir la fórmula «capital y reservas suficientes» como criterio de acreditar la capacidad económica.

4.4. Permiso de utilización

Un vehículo matriculado en Bélgica sólo puede ser utilizado para el transporte remunerado de viajeros por carretera si va acompañado de un permiso de utilización válido para ese vehículo.

Esta obligación no se aplica a las sociedades de transporte colectivo urbano o regional, en lo que concierne a los vehículos afectos al servicio público.

El permiso de utilización se emite a cada vehículo cuando se cumplen todas las condiciones siguientes:

- la empresa solicitante reúne las condiciones de honorabilidad, capacitación profesional y capacidad económica;
- el vehículo implicado, si va a ser usado en servicios discrecionales, satisface las condiciones de calidad previstas en el Real Decreto de 25 Marzo 1986 (clasificación por estrellas)

4.5. El «leasing»

La exigencia de ser propietario del material móvil ha sido suprimida por Real Decreto de 10 Diciembre 2003.

Por consiguiente, las nuevas técnicas de financiación de los vehículos (por ej. el «leasing») han quedado autorizadas en el sector del transporte de personas remunerado mediante autobuses y autocares a partir de 1 Enero 2005.

5. El sector de los servicios regulares y de los servicios regulares de uso especial

5.1. El sector de los servicios regulares

1) La Región flamenca

En la Región flamenca, la llamada "Vlaamse Vervoermaatschappij (VVM)" es la responsable de la organización y de la ejecución del transporte urbano e interurbano de ámbito regional. Esta empresa de transporte público fue creada por Decreto del Parlamento flamenco de 31 Julio 1990 y opera bajo la denominación comercial "De Lijn".

Se beneficia de una situación de monopolio en materia de organización del transporte urbano e interurbano de ámbito regional en Flandes. Cinco entidades son directamente responsables de esa organización y explotación en la zona geográfica de su respectiva competencia.

De Lijn acude a empresas privadas para la realización de una parte de sus prestaciones de transporte.

En 1996, bajo influencia de la reglamentación europea relativa a los mercados públicos, los contratos existentes entre De Lijn y esos transportistas privados fueron resuletos. El plazo de preaviso era de 5 años.

A finales de 2002, nuevos contratos fueron adjudicados a transportistas privados, mediante un procedimiento negociado.

Los derechos y las obligaciones de ambas partes quedan fijados en un contrato. El cual prevé entre otras cláusulas una fórmula de revisión anual del precio fijado al momento de la atribución de unos tráficos.

Esta puesta en concurrencia de las empresas privadas ha motivado numerosos cambios en el sector.

Algunos titulares de empresa han preferido vender su negocio a importantes grupos internacionales. Así, Connez Belgium y Eurobus Holding están hoy presentes en el mercado belga.

Otros han preferido seguir con sus empresas, pero reuniéndose en torno a una sociedad cooperativa: Intrabus.

En fin, existe un grupo de empresarios independientes, no agrupados, que continuarán con su propia fuerza.

He aquí algunas cifras –referidas a 2003- sobre los transportes privados que operan en el transporte regional mediante autobús:

- 88 empresas
- 147 contratos
- 1.149 vehículos
- 2.183 empleados
- 55.702.257 kilómetros realizados, de los cuales 39 % fueron hechos en la Región flamenca.

Se prevé que esta parte todavía aumente en los próximos años.

En efecto, el nuevo Decreto relativo a la organización del transporte de personas por carretera y al Consejo de Movilidad de Flandes⁸ instaura la movilidad como derecho básico. Lo cual garantiza a los ciudadanos una oferta mínima de servicios regulares. Consecuencia de ese Decreto, la oferta de servicios regulares ha aumentado considerablemente. Una parte de los cuales ha sido atribuido a empresas privadas, siendo el objetivo buscado que tales servicios prestados por transportistas privados alcancen un 50 % del total.

2) La Región valona

En la Región valona ha sido creada la llamada "Société Régionale Wallonne du Transport (SRWT)" así como cinco sociedades transportistas autónomas. Tales sociedades operan de forma independiente bajo la denominación comercial "Transport En Commun (TEC)". Les TEC son responsables de la organización y de la explotación del transporte urbano y del interurbano de ámbito regional, en el perímetro de su respectiva competencia. Igual que en Flandes, la SRWT y los TEC gozan de una situación de monopolio.

También igual que en Flandes, los TEC acuden a empresas transportistas privadas para prestar una parte de los servicios de transporte.

Tales empresas privadas han establecido un contrato de duración indeterminada con los TEC, habiéndose fijado los derechos y obligaciones de las partes.

He aquí algunas cifras –referidas a 2003- sobre la parte que realizan los transportistas privados en los servicios regionales mediante autobús:

- 540 vehículos
- 69 contratos
- 26.457.730 kilómetros realizados, de los cuales 28,59 % corresponden al interior de la Región Valona.

8 Moniteur belge 21 Agosto 2001

Al contrario de lo que sucede en la Región Flamenca, los contratos entre los TEC y los empresarios privados no han sido resueltos. Lo cual no ha impedido que, también en Valonia, los grandes grupos se hayan establecido.

La remuneración de los prestadores se compone de dos partes:

- una remuneración por día para los gastos fijos
- una remuneración por km para los gastos variables

Esa remuneración evoluciona en función del precio del precio de coste promedio –los costes de una empresa promedio- calculado por la Federación Belga de Empresarios de Autobús y Autocar (FBAA) y aprobado por la «Comisión de Servicios Regulares». Esta Comisión está presidida por un alto Funcionario del Ministerio valón del Equipamiento y los Transportes, y compuesta por representantes de los transportistas, del Ministerio y de la empresa de transporte público (SRWT – TEC).

3) la Región de Bruselas-Capital

En la Región de Bruselas-Capital, la empresa de transportes inter-urbanos de Bruselas (STIB) es competente en materia de organización y de explotación del transporte colectivo en Bruselas. Contrariamente a lo que sucede en Flandes y en Valonia, todas las prestaciones de transporte son efectuadas por la propia Administración («en régie»). La STIB no acude a empresas privadas para la explotación de una parte de sus servicios.

5.2. El sector de los servicios regulares de uso especial

Los servicios regulares de uso especial son aquellos dirigidos a un grupo determinado de viajeros, con exclusión de los restantes, según una frecuencia y en un itinerario predeterminados, los cuales acceden al vehículo y lo abandonan en lugares también previamente fijados.

Los servicios regulares de uso especial incluyen, entre otros:

- a) el transporte "domicilio-trabajo" de los empleados;
- b) el transporte "domicilio-centro docente" de escolares y estudiantes;
- c) el transporte «centro docente–piscina» de los escolares;
- d) los servicios a casinos de juego.

En lo que sigue, nos limitaremos a la actividad principal del sector de los servicios regulares de uso especial: el transporte de escolares.

1) la Región flamenca

La base jurídica del transporte escolar se encuentra en la Ley de 29 Mayo 1959 (el «Pacto Escolar»). Esta Ley garantiza la libre elección de centro escolar, es decir, cada niño debe poder disponer de una escuela de su

libre elección a una distancia razonable de su domicilio. Esta distancia se fija en función del nivel de la enseñanza que haya de recibir: 4 km. Para la enseñanza primaria, 12 km. Para la enseñanza secundaria-ciclo inferior y 20 km. Para la enseñanza secundaria-ciclo superior. A fin de garantizar esa libertad de elección, la Autoridad puede:

- bien crear o subvencionar instituciones de enseñanza suplementarias;
- bien intervenir en los precios de transporte de los alumnos derechohabientes. Un alumno derechohabiente es aquel que no encuentra escuela de su libre elección dentro de la distancia razonable a que se acaba de hacer alusión.

Tanto en la enseñanza básica como en la enseñanza especial, el transporte es enteramente gratuito; en la enseñanza secundaria los alumnos o sus padres pagan la tarifa de la empresa regional de transporte.

En virtud del Decreto del gobierno flamenco de 19 Julio 2005⁹, relativo a los servicios regulares, a los servicios regulares de uso especial, al transporte por cuenta propia y a los servicios discrecionales, las empresas de transporte que deseen prestar un servicio regular de uso especial (incluido el transporte escolar) deben disponer de un contrato con su cliente. En caso de faltar dicho contrato, el transportista debe pedir una autorización al Ministerio de la Comunidad flamenca. Este Decreto introduce el principio de la liberalización de los servicios regulares de uso especial tal como está previsto en el Reglamento europeo 11/98, en el transporte nacional.

Desde el día 1 Septiembre 2001, el transporte escolar en la enseñanza especial está organizado y gestionado por la llamada Vlaamse Vervoermaatschappij (De Lijn). Desde dicha fecha De Lijn se ha hecho cargo de los contratos establecidos con transportistas privados por el Departamento de Enseñanza del Ministerio de la Comunidad flamenca.

Esos contratos son adjudicados mediante un procedimiento que incluye la remisión por los transportistas de las ofertas de precios por los cuales están dispuestos a realizar cada servicio.

2) La Región valona

La base jurídica del transporte escolar es idéntica a la ya expuesta para la Región flamenca.

También en Valonia el transporte es enteramente gratuito en la enseñanza básica y en la enseñanza especial. En la secundaria, los alumnos o sus padres pagan la tarifa de la empresa regional de transporte.

9 Moniteur belge 31 Agosto 2002

10 Moniteur belge 20-21 Enero 1947

En virtud del Decreto-Ley de 31 Diciembre 1946¹⁰ relativo al transporte remunerado de viajeros por carretera efectuados en autobuses o autocares, así como de la Ley de 26 Abril 1962¹¹ relativa al transporte colectivo de alumnos a establecimientos escolares, las empresas de transporte que deseen prestar servicios regulares de uso especial (incluido el transporte escolar) deben pedir una autorización al Ministerio valón de Equipamiento y Transportes.

El transporte escolar está organizado y gestionado por el TEC, que establece contratos con transportistas privados tras un procedimiento de adjudicación (presentación de ofertas restringida). Contrariamente a la situación en Flandes, estos contratos son considerados como concesiones de servicio público. Tienen una duración de 10 años, y se les aplican tarifas «en horquilla» (en forma de máximo y mínimo). Estas tarifas están basadas en el kilometraje diario a recorrer y en la capacidad demandada. Las mismas siguen la evolución de los costes promedio –el coste que pesa sobre una empresa promedio–, calculado por la Federación Belga de Empresarios de Autobús y Autocar (FBAA) y aprobado por la «Comisión de Servicios Regulares de Uso Especial». Esta Comisión está presidida por un alto Funcionario del Ministerio valón de Equipamiento y Transportes y compuesta por representantes de los transportistas, del propio Ministerio y de la empresa de transporte público (SRWT – TEC).

3) La Región de Bruselas-Capital

Si los principios básicos en cuanto al establecimiento del servicio de recogida escolar son idénticos a los que se aplican en la Región valona, sin embargo en la Región de Bruselas-capital se ha establecido, por parte del Ministerio de Educación de la Comunidad francesa, un conjunto de obligaciones específica para los transportes escolares.

La finalidad de esta operación consiste en revalorizar el transporte escolar en Bruselas, tanto para los niños transportados como para los propios transportistas.

5.3. El sector de los servicios discrecionales

El sector de los servicios discrecionales se ha visto muy influido por la reglamentación europea (vid supra).

Además, en Bélgica, ese sector es el único que aún es de competencia de la Autoridad Federal.

En virtud del Decreto-Ley de 31 Diciembre 1946, la ejecución de los servicios discrecionales está subordinada a la posesión de una autorización emitida por el Servicio Público Federal de la Movilidad. Esta auto-

11 Moniteur belge 4 Mayo 1962

rización se entrega sólo a quien cumple todos los requisitos en materia de acceso a la profesión (vid supra).

Finalmente, diremos que sólo los vehículos que respondan a las exigencias de la Orden Ministerial de 25 Marzo 1986 sobre control de calidad son reconocidos como «autocar» y por tanto autorizados a efectuar servicios discrecionales. Instaurado en ese año, junto con el aval, este sistema obligatorio ha permitido aumentar considerablemente el nivel de comodidad de la flota belga de autocares hasta hacerla la más confortable del mundo.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

LA UNIDAD DE MERCADO EN EL TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA EN ESPAÑA¹

Por

José Luis PERTIERRA RODRÍGUEZ

*Director de la Federación Española de
Empresas de Autobús (FENEBUS)
(Madrid)*

1. Importancia del transporte de viajeros por carretera

El sector de transporte por carretera en general y el de viajeros en particular constituyen la columna vertebral tanto para el desarrollo económico del país como para la cohesión social del mismo. Las distintas partes del proceso económico constituyen a través de las redes de transporte los elementos esenciales que garantizan la eficiencia del proceso y la unidad de mercado en el que se desenvuelve. La importancia económica del sistema de transporte aumenta en un contexto económico caracterizado por economías cada vez más especializadas, competitivas e independientes, necesitadas de la integración que les proporciona el sistema de transporte, sobre todo en el momento de globalización que caracteriza la actual economía mundial. La relevancia del sector de transporte para la unidad de mercado queda recogida en el seno de la Unión Europea, al ser el transporte una de las tres actividades para las que el Tratado de Roma impone prioritariamente el establecimiento de una política común. Si esto se establece en el ámbito de la Unión Europea, es evidente que en el ámbito nacional es necesario garantizar una unidad de mercado con una política integral de transportes.

A principios de los años 80, la operación y gestión de las redes y empresas de transporte se encontraba prácticamente en su totalidad -no solo en España sino en todos los países industrializados- bajo la tutela directa del Estado. Sin embargo, la actividad del transporte había estado vinculada al ámbito de la iniciativa privada desde sus comienzos hasta ya concluido el S. XIX. La llegada del transporte masivo, fue posible gracias a los desarrollos de la Revolución Industrial, si bien contó con el apoyo, con frecuencia económico de los distintos gobiernos europeos y se desarrolló

¹ Es un honor para mí dedicar estas breves líneas al recuerdo de mi buen amigo y compañero Francisco Miguel Sánchez-Gamborino, un maestro en el mundo jurídico del transporte por carretera, en el que cosechó sus mejores éxitos profesionales desarrollando la actividad que más le gustaba, asesorar y defender a los empresarios del transporte -antes amigos que clientes- tanto ante la Administración Pública como ante los Tribunales de Justicia. Fue colaborador de FENEBUS con numerosos e interesantes artículos en nuestra revista en los años 70 y 80 y asesor en aquellos temas que puntualmente le sometimos a su dictamen y consideración. Y para dar respuesta a la petición que ahora me hace su hijo y continuador Francisco José de escribir un artículo -para el Libro "In Memoriam" que edita la Fundación F. Corell- de tema libre sobre el transporte de viajeros por carretera, se me ocurre tratar un asunto que fue motivo de largas conversaciones allá por los años 90 con el amigo Paco en sus últimas visitas a nuestra casa FENEBUS, que también era la suya; una preocupación compartida, las dificultades que ya empezábamos a ver entonces para mantener en el futuro la necesaria "unidad de mercado en el transporte de viajeros por carretera".

dentro del ámbito de la iniciativa privada. En algunos casos dicha iniciativa requería concesión administrativa, como sucedía en España con el ferrocarril y los servicios de transporte por carretera en virtud de la Ley General de Ferrocarriles de 1877.

A principios del S. XX y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, con el concepto liberal del Estado de Bienestar los gobiernos inician su intervención en el sector del transporte. Desde la asunción pública de la actividad hasta la propiedad de la red y la gestión directamente por el Estado de las empresas operadoras, se dieron en los países desarrollados innumerables mecanismos con un único objetivo: la regulación y el control de las redes de transporte por parte del Estado. Hoy, a comienzos del S. XXI podemos y debemos hacer una valoración altamente positiva del desarrollo que ha tenido la actividad del transporte a lo largo de su historia. La intervención estatal sirvió primero para garantizar la extensión de las redes y del servicio en momentos en los que la iniciativa privada no hubiera sido capaz de acometer una empresa de tales dimensiones; sin embargo la disparidad de mecanismos utilizados influyó de manera importante en los resultados obtenidos tanto en España como en los países de nuestro entorno. Así la apertura de la red ferroviaria a empresas privadas, la privatización de empresas públicas en el sector, la abolición de las medidas protectoras del modo (sobre todo del ferroviario), etc, son todas ellas algunas de las medidas que empiezan a dar paso a la reordenación del transporte, iniciada ya en prácticamente todos los países desarrollados.

Dentro de esta evolución y por lo que se refiere a nuestro país, el transporte de viajeros por carretera ha estado sometido siempre a los cambios políticos y económicos del entorno, desde la estricta dependencia de la empresa ferroviaria a comienzos de la década de los 70 a la operación por empresas privadas en régimen de competencia controlada en el acceso al mercado actual, han sido importantes los cambios acontecidos en esta actividad. Pese a ello, se aprecian importantes cambios en la mejora tanto de los servicios regulares como discrecionales: mejora de la calidad, aumento del nivel de servicio, incremento de la demanda, aumento de la competitividad de las empresas, introducción de las nuevas tecnologías en la gestión empresarial e información a los usuarios. En todo ello, por lo que se refiere a los servicios regulares, se une la mejora del servicio público con la creación de una red integrada que comunica cerca de diez mil núcleos poblacionales, la única red que permite garantizar el derecho a la libre circulación de los ciudadanos por todo el territorio nacional, que tienen como base cierta y fundamental el sistema concesional español.

El mecanismo de regulación de la actividad tratada se encuentra en ese punto intermedio, equidistante, entre la gestión directa por una empresa pública y la liberalización de la actividad. Es en ese punto en el que se obtienen los primeros beneficios de la gestión privada, con la búsqueda de la optimización de los recursos de que se dispone, y los de la intervención pública, con el objetivo del servicio social, perseguido a través de las obligaciones de servicio público, concretadas a título de ejemplo, en la garantía de servicio en las líneas de débil tráfico o la fijación de los requisitos mínimos de calidad y nivel de servicio.

Así lo han reconocido diversas instituciones involucradas en la reordenación de que está siendo objeto el transporte de viajeros por carretera en Europa con diversas declaraciones de los máximos responsables de la Administración de Transportes Comunitaria en los últimos años. En este sentido la revista FENEBUS - que tengo el honor de dirigir desde hace más de tres décadas- ha ejercido fielmente la labor de notario público de todas estas declaraciones y estudios, sobre todo en los quince últimos años. En todos ellos hemos analizado las distintas situaciones que se habían producido en las experiencias de desregulación existente en el mercado de transporte, coincidiendo en la necesidad de que éste, especialmente en cuanto al transporte en autobús se refiere, sea sometido a una competencia controlada que garantice los derechos de exclusividad en determinados tráficos o zonas.

Los argumentos esgrimidos para fundamentar esta necesidad tenían una importante base empírica adquirida, especialmente del análisis de la experiencia inglesa. Las conclusiones que hemos obtenido de dicho análisis nos han permitido concluir que los efectos de la liberalización del sector serían perniciosos y traerían consigo el abandono por parte de las empresas de tráficos no rentables, hoy realizados en nuestro país en buena medida gracias a las subvenciones cruzadas existentes dentro de nuestro sistema concesional, desintegración de la red de transporte regular, inferior calidad de los servicios como consecuencia de la guerra de precios en un sector que viene trabajando con márgenes muy ajustados, etc.

2. Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de transportes

Estamos convencidos que la unidad de mercado en el sistema de transporte es mas una aspiración que una realidad. El artículo 148. 1 apartado 5º de la Constitución Española establece entre las competencias a asumir por las Comunidades Autónomas, entre otras: “los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma” y en los mismos términos “el transporte desarrollado por estos medios o por cable”, mientras que el artículo 149. 1 del propio texto constitucional reconoce entre las competencias exclusivas del Estado “los ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de mas de una Comunidad Autónoma”; por tanto nuestra Constitución instituye el principio territorial como criterio para repartir las competencias en materia de transporte terrestre entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

De los textos constitucionales transcritos se desprende que el transporte terrestre es una de las actividades sobre la que la Constitución reconoce plenas potestades legislativa, ejecutiva y reglamentaria a las Comunidades Autónomas, limitando en consecuencia las facultades reglamentarias y ejecutivas del Gobierno de la Nación y las competencias legislativas a las Cortes Generales, cuyas leyes pueden tener solamente carácter supletorio de las citadas en la materia por cada Comunidad Autónoma

Mientras que el Tratado de Roma estableció la política de transporte como una de las tres políticas comunes de la Unión Europea, el legislador español omitió otorgar al Estado la competencia para establecer las bases y coordinación de la política de transportes; por ello nos encontramos con un sistema de transportes que depende del voluntarismo de las Administraciones implicadas, lo que supone una gran fragilidad y que en cualquier momento puede romperse, cuando lo suyo sería disponer de una ordenación básica del transporte para todo el territorio nacional con intervención tanto de las autoridades con competencias en la materia como de los representantes de los empresarios – organizaciones empresariales – principales destinatarios de la norma. Ahora bien, si cada Comunidad Autónoma ejerciera en toda su amplitud sus competencias sobre el sector, dando lugar a diecisiete políticas y normas distintas, sería imposible conseguir la unidad de mercado. De ahí nuestra primera afirmación con que iniciamos este epígrafe. la unidad de mercado es mas una aspiración que una realidad.

Cataluña ha ejercido esa competencia y aprobó la Ley 12/ 1987 de 28 de mayo sobre regulación del transporte de viajeros y su Reglamento de aplicación aprobado por Decreto de 21 de diciembre de 1990. Así el artículo 16 de dicha Ley y el artículo 12 de su Reglamento han resuelto desde su origen un problema con el que nos vamos a encontrar de manera inminente ya, a nivel nacional, como son las consecuencias del vencimiento del plazo de las actuales concesiones fijados por la LOTT en veinte años, cuando la Ley de Transportes de 1947 lo fijaba en 99 años al igual que dicha Ley catalana, que añade... “siempre que concurran las circunstancias que motivaron su otorgamiento, particularmente el mantenimiento de la necesidad del servicio y la concurrencia en el concesionario de las condiciones que exige la legislación de los transportes, así como la prestación satisfactoria del servicio durante el plazo inicial, evaluable de acuerdo con datos objetivos”.

Por el contrario la LOTT y el ROTT en sus artículos 72 y 67 respectivamente modificados por la Ley 13/1996 de 30 de diciembre de Medidas Administrativas, Fiscales y de Orden Social, fijan los plazos concesionales entre 8 y 20 años (entre 8 y 15 para las adjudicadas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2000 de 23 de junio de Medidas Urgentes de Liberalización del sector inmobiliario y los transportes), una reducción aparentemente no solicitada por nadie y que no responde a ningún criterio objetivo ni siquiera razonable, sino que parece mas bien fruto de una improvisación y de alinearse con aires de proyectos comunitarios - que no han pasado todavía de proyectos - pero que nuestros legisladores ya han reconocido con un alto sentido de la precipitación. Y es aquí, donde me gustaría hacer una breve reflexión personal sobre los plazos concesionales. Parece razonable pensar que el plazo de las concesiones debe responder más bien al cálculo del tiempo necesario para amortizar la inversión realizada, que el fijado discrecionalmente por la Administración al titular de una concesión.

Otra Comunidad Autónoma como es el País Vasco aprobó la Ley 4/2004 de 18 de marzo de Transporte de viajeros por Carretera justificada

según se propia Exposición de Motivos en la “necesidad de dotar de una regulación completa al transporte de viajeros en un sector estratégico como es el de las comunicaciones, cuya evolución está estructuralmente ligada al desarrollo económico y social”. Por lo que se refiere al tema que nos ocupa la Ley vasca, se desmarca tanto de la Ley de la Administración Central como de la de Cataluña, al fijar unos plazos concesionales entre 5 y 10 años. Posiblemente teniendo en cuenta el primer borrador del Reglamento de Contratos de Servicios Públicos de la Comisión Europea, cuya duración ha sido felizmente superada por el segundo borrador al fijar el plazo mínimo en 8 años y la posibilidad de superarlo en función de la necesidades de amortización derivadas de las inversiones realizadas.

La Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, trabaja actualmente sobre un Proyecto de Ley en materia de Transportes Terrestres con importantes diferencias respecto a la Ley del Estado en materias específicas como son los servicios denominados “a la demanda”, apuesta por las concesiones zonales, etc. Sin entrar en la fijación de plazos concesionales, hace referencia a la posibilidad de ampliación de los actualmente en vigor con el límite de cinco años o el 50 % del plazo restante, según se recoge en una disposición transitoria de dicho Proyecto.

Estos son solamente tres botones de muestra de lo difícil que resulta, y cada vez mas, mantener la unidad de mercado en la actividad del transporte, referidos por ejemplo a los plazos de las concesiones, por tratarse de un tema de gran actualidad; pero sin olvidar que la aplicación de las revisiones tarifarias de los servicios regulares, mínimos de percepción de dichos servicios, normativas en materia de ayudas o subvenciones para el mantenimiento de líneas deficitarias y renovación de sus flotas, aplicación de la normativa de transporte escolar, desarrollo de la aplicación del artículo 108 del ROTT con el consiguiente derecho de preferencia que el mismo establece a favor de las empresas titulares de servicios regulares de carácter deficitario, etc, etc. Son muestras más que suficientes de la falta de unidad de criterio por parte de las distintas Administraciones en la aplicación de la normativa reguladora de las citadas materias.

Otras numerosas Leyes que giran bajo el nombre prácticamente común de “transporte urbano” dictadas por distintas Comunidades Autónomas como Aragón, Castilla y León, Madrid, Valencia, Navarra, La Rioja, Andalucía, Galicia, etc. contemplan regulaciones diferentes en función de las necesidades y situaciones de las respectivas Administraciones de Transportes encargadas de dictarlas. Y ello como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996 que declara inconstitucionales varias disposiciones, entre las que se encuentran los preceptos relativos al transporte urbano, que no considera ni siquiera como derecho supletorio de la Comunidades Autónomas que no han legislado en esta materia afirmando que “si para dictar cualesquiera norma precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las

Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de la supletoriedad, que por no ser título competencial non puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencia”.

El Tribunal Constitucional es consciente del papel estratégico del sector del transporte, según se puede extraer del contenido de la Sentencia citada de 1996, cuando afirma:... “no cabe negar que el transporte es un hecho económico de la mayor importancia ni que pueda afectar indirectamente a la seguridad de los ciudadanos. Lo que parece claro es que, si es un hecho económico de gran importancia, la posibilidad de que el Estado, para ajustarlo al objetivo constitucional legítimo de llevar a cabo una política económica común... y para adecuarlo a las exigencias de unidad de la economía nacional que requiere un mercado único... establezca criterios generales a tener en cuenta a la hora de efectuar el desarrollo normativo, con tal de que se limiten a asegurar en este sector específico la unidad de los principios básicos del orden económico, es consustancialmente legítima”

Sin embargo, el Tribunal Constitucional también admite que la existencia de un “sistema común de transportes” es necesario, pero solo en cuanto a la “coordinación e interconexión de medios de transporte” y niega la competencia normativa del Estado para establecer dicho sistema integrado y para desarrollar una política nacional de transportes.

3. El nuevo Reglamento Comunitario de Contratos de Servicios Públicos

Desde hace varios años la Comisión Europea viene interesada en armonizar los mecanismos de gestión del transporte público de viajeros, reconociendo las ventajas que ofrece la competencia controlada, por lo que en el año 2000 lanzó la primera Propuesta de Reglamento 26/7/2000 sobre intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable, cuya tramitación FENEBUS siguió muy de cerca según se recoge en la amplia información que periódicamente venimos recogiendo a través de nuestros principales medios de difusión: revista, circulares informativas, sitio web, boletín digital quincenal, etc, dedicándole una atención preferente por las indudables repercusiones que su aplicación va a tener para nuestro sistema de transportes.

En su Exposición de Motivos se recoge un dato significativo cuando señala que en los seis países miembros en los que desde hace tiempo existe competencia controlada en el mercado de transporte en autobús (Dinamarca, Finlandia, Francia, Portugal, Suecia y España), los viajeros-kilómetros aumentaron un 14 % entre los años 1990 y 1997 en los ocho Estados con un mercado cerrado, el incremento fue tan solo de un 5% y en el único Estado miembro con un mercado de transporte en autobús desregularizado se produjo una disminución en el número de viajeros-kilómetro transportados del 6% en el indicado período de tiempo.

En su propuesta la Comisión planteaba la necesidad de armonizar las regulaciones nacionales con el objetivo de fijar unas normas a través de un Reglamento, directamente aplicable a todos los Estados miembros sin necesidad de transposición, que establezca los mínimos a los que deberán atenerse todos los mecanismos de adjudicación o prestación de los servicios de transporte público en los distintos Estados miembros. No se trata de armonizar las distintas legislaciones nacionales, sino de conseguir que todas ellas, por los mecanismos que los distintos Gobiernos consideren oportuno, respeten las normas de la competencia controlada que se establecerán en el futuro Reglamento con total respeto del principio de subsidiariedad que igualmente se contempla en la propuesta.

La idea de armonizar en el entorno de la Comunidad Europea determinadas políticas parte del conocimiento de realidades diversas que imperan en los veinticinco países miembros. El concepto de servicios de interés general es un claro ejemplo de la imposibilidad por las diferencias existentes entre los distintos países, las políticas, los mecanismos de contratación, etc. Por ello el esfuerzo de armonización realizado en la propuesta se ha de evaluar positivamente porque contribuirá a la transparencia, a la apertura de los mercados cerrados y en definitiva a la creación de un mercado único de transporte de viajeros por carretera facilitando la internacionalización de las empresas de sector.

Las empresas españolas concededoras del sistema de competencia regulada y acostumbradas a cumplir con exigentes requisitos de servicio público- en especial tras la celebración de los concursos posteriores a la LOTT- y sometidas a márgenes cada vez más ajustados de sus costes, saldrán beneficiadas a la hora de competir en el mercado internacional con mecanismos de competencia controlada. El servicio español es actualmente un servicio de alta calidad y bajos costes. Estas características se configurarán igualmente como importantes barreras de entrada, puramente empresariales para las empresas extranjeras que deseen prestar servicios en nuestro país.

Tras la primera lectura de esta propuesta en el Parlamento Europeo el texto volvió a la Comisión, sufriendo importantes modificaciones en su contenido que se recogen en una segunda propuesta que pasará a la aprobación del Consejo de Comisarios próximamente. Se trata de una propuesta más sencilla y reducida (los 21 artículos de la primera se reducen a 10 en la segunda), es más flexible y más centrada en el principio de reciprocidad, destacando como puntos principales los siguientes:

- Se reconoce a las autoridades la posibilidad de establecer obligaciones de servicio público.
- Las obligaciones de servicio público deben ser objeto de compensación.
- Si existen obligaciones de servicio público o derechos exclusivos, tiene que existir un contrato entre el operador y las autoridades.
- El contrato deberá tener una duración determinada que no podrá superar los 8 años (5 años en la primera propuesta) en el caso del transporte

por carretera y 15 años en el transporte ferroviario. Posiblemente si el operador demostrase que son necesarios plazos superiores en función de las inversiones especialmente cuantiosas realizadas, dichos plazos podrían ampliarse.

- La contratación deberá realizarse de una forma transparente, objetiva y no discriminatoria, principios que sustituirán la previsión de un mecanismo detallado contenido en la última propuesta de la Comisión. El procedimiento será fijado por cada Estado miembro de acuerdo a su legislación interna con tal de que se respeten los principios enunciados.

- Los contratos se podrán atribuir directamente (sin un procedimiento competitivo conforme a los principios enunciados) en los supuestos siguientes: 1) Cuando el importe anual sea inferior a 1.000.000 de euros. 2) En casos de urgencia (por ejemplo en caso de desaparición del operador titular del contrato) durante el período necesario para evitar la interrupción del servicio 3) cuando la autoridad opte por explotar ella misma o a través de lo que define como operador interno, con los siguientes requisitos:

a) La definición será bastante estricta: la autoridad deberá ejercer sobre el mismo un control total, comparable al que ejerce sobre sus propios servicios. Se comprobará mediante participación en el capital social y control en los órganos de administración.

b) El operador interno no podrá participar en procedimientos competitivos fuera del ámbito territorial de la autoridad que lo controla.

c) La compensación de las obligaciones de servicio público deberán realizarse mediante criterios fijados de forma pormenorizada en un anexo al Reglamento.

d) Se prevén dos períodos de transposición: de 8 años para el transporte por carretera y 15 años para el ferrocarril.

4. Conclusiones

De todo lo hasta aquí expuesto podríamos extraer dos conclusiones:

Primera: La existencia de un sistema común de transporte no debe depender del voluntarismo de las Administraciones implicadas, que en cualquier momento puede quebrarse, sino que debe fundarse en una ordenación básica del transporte para todo el territorio nacional, en cuya elaboración y diseño intervinieran todas las autoridades con competencias sobre la materia, porque si cada Autonomía ejerciera en plenitud sus competencias sobre el sector, nos llevaría a la existencia de 17 políticas y normativas de transporte distintas que romperían la necesaria "unidad de mercado".

Segunda: La reordenación del transporte de viajeros por carretera en Europa debe orientarse correctamente y en igualdad de condiciones para todos los modos de transporte, siendo los medios y mecanismos elegidos para ello (la armonización en todos los Estados miembros a través de la competencia controlada y la reciprocidad) positivos para el sector y para los usuarios del transporte de viajeros por carretera.

Marzo 2005

DEFENSA, POTENCIACIÓN Y MEJORA DEL SISTEMA CONCESIONAL ESPAÑOL DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS REGULARES PERMANENTES DE USO GENERAL, DE TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA

por

Fernando J. CASCALES MORENO

Abogado

Ex - Director General de Transportes Terrestres

MINISTERIO DE FOMENTO

(Madrid)

1. Introducción

La presente colaboración, dedicada a la memoria de D. Francisco Miguel Sánchez Gaborino, ha sido impartida, a modo de conferencia, en el recientemente celebrado I Congreso Mundial de Transporte celebrado en Castellón, así como en la Jornada sobre las líneas regulares de transporte público de viajeros por carretera organizadas por la Fundación Francisco Corell.

El objetivo del presente estudio estriba en recopilar las distintas cuestiones que, en el momento actual, entiendo que afectan con mayor intensidad al sistema concesional español de los servicios públicos regulares permanentes de uso general de transporte de viajeros por carretera; al mismo tiempo, y dentro de las limitaciones de espacio de un documento de estas características, igualmente se recopilan las principales medidas que se proponen con mayor o menor énfasis, formuladas con el mejor afán de contribución a la mejora y continuidad de la red concesional de estos servicios públicos.

La finalidad de esta sucinta recopilación estriba, pues, en favorecer, en la medida de lo posible, una correcta y equilibrada visión de dicha problemática, observada desde las especificidades del propio sector, y traslucida al amparo del conocimiento del sector, desde una posición de independencia. No representa, pues, el presente texto, ningún criterio ya de la Administración a la que pertenezco, ni de ninguna otra institución pública o privada de la que pueda formar parte, sino simple y sencillamente mi pensamiento e ideas personales sobre la materia, expresadas desde el máximo respeto hacia cualesquiera clase de instituciones públicas o privadas, desde mi leal saber y entender, así como desde el mayor respeto a cualesquiera otras posiciones que emanen desde toda clase de instituciones o ámbitos, sean éstos públicos o privados.

En consecuencia, no encontrará el lector crítica alguna hacia cualesquiera clase de estamentos e instituciones públicas y privadas, debiendo advertir el respeto que me merece cualesquiera clase de propuestas o líneas de actuación que puedan sustentarse desde tales organizaciones o instituciones, en relación con la materia que nos ocupa, sean éstas o no compartidas, e incluso contrarias, ya en todo, ya en parte, a lo que en el presente texto expongo. Lógicamente, el que suscribe espera encontrar el

mismo respeto, desde lo que constituye el valor máximo que todos defendemos de la libertad de expresión y de opinión.

En último término, y en lo concerniente a las medidas que se proponen como de posible estudio en orden a su implantación, el exclusivo deseo que, en suma, se contiene en este documento, es resaltar las cuestiones que subyacen en relación con tales medidas, sin que se tenga pretensión alguna de que no existan mejores y más fundadas alternativas, así como la existencia de cualesquiera otras problemáticas relacionadas con las que se analizan en este documento.

En todo caso, sí se estima que en el momento actual existe una especial y compleja problemática, derivada de la prevista a corto plazo apertura concursal en relación, primordialmente, a razones de competencia derivadas de nuestra pertenencia a la UE, cuyas cuestiones deben de ser objeto de atención, pues pueden perturbar muy negativamente el entorno socio-económico en que se desenvuelve el sistema. La incertidumbre es un factor muy negativo para cualquier sector empresarial, y no cabe duda alguna de que el acercamiento del final de los plazos concesionales, provoca una inestabilidad que, a mi juicio, puede ser objeto de soluciones moderadas y equilibradas. Ello no quiere decir, en modo alguno, que se participe de la idea de que nos encontramos ante una grave situación, por cuanto que toda problemática que tiene alternativas en torno a su solución, siempre que se adopten a tiempo, no puede así estimarse; "a sensu contrario", tampoco considero que el sector, por todo cuanto se expone en el presente estudio, discurra en este momento por una etapa "idílica", en la que los positivos datos de calidad del servicio o imagen del mismo frente a los usuarios puedan esconder la realidad de las cuestiones que justificadamente preocupan al empresariado.

2. Cuestiones previas sobre la problemática actual planteada y sobre la valoración del sistema

En orden a la fundamentación de las distintas propuestas que se contienen en el presente documento, es preciso desarrollar, siquiera brevemente, las principales características de nuestro sistema de explotación de los servicios públicos regulares permanentes de uso general, de transporte de viajeros por carretera; de estas características se concluirá que, sin perjuicio del establecimiento de posibles mejoras, no sólo no deben introducirse nuevos factores que modifiquen sus rasgos esenciales, sino que es necesario adoptar en el presente, una serie de medidas con el objeto de que no afloren los elementos negativos que en esta colaboración se enuncian.

Como es sobradamente conocido, el sistema concesional de prestación de los servicios públicos regulares permanentes de uso general de transporte de viajeros por carretera, constituye el modo de hacer efectivo, con carácter universal, el derecho de los ciudadanos a trasladarse de una a otra localidad dentro de la amplia geografía nacional. Puede afirmarse que es el sistema que permite que ninguna localidad de nuestra geografía nacional quede aislada, sea o no rentable la satisfacción de esta demanda,

razón por la que puede afirmarse que, indubitadamente, este sistema no tiene alternativa alguna de sustitución.

Este sistema se configura, primordialmente, en torno al valor de la exclusividad (art.49 LOTT) en la explotación de los servicios (nota que es consustancial al régimen jurídico concesional español), lo que permite que no sólo se atiendan los tráficos rentables, sino que también aquellos que son incluso altamente deficitarios, dotándolo así de un eminente carácter de servicio público (art.128.2 Constitución Española), cuya titularidad se reserva el Estado (art.53.1 Constitución Española; “publicatio”), y que históricamente se ha alcanzado gracias a un tejido empresarial nacional con vocación de permanencia y de satisfacción de necesidades públicas. En este orden de cuestiones, cabe significar que, a pesar de todo ello, existen voces que claman por la apertura del sistema, en el sentido de introducir la nota de la no-exclusividad; este criterio en contrario, salvo en los casos en que existen intereses económicos al efecto (algunos sectores minoritarios del transporte de viajeros por carretera de carácter discrecional), supone, a mi juicio, desconocer las bondades del sistema, por cuanto que sin este requisito el resultado no sería otro distinto del abandono de las líneas no rentables, para centrarse todas las empresas e inversiones en las líneas rentables, lo que obligaría a un régimen generalizado de elevadísimas subvenciones para mantener tales servicios no rentables, e incluso aquellos poco rentables. Por otra parte, la experiencia caótica habida en otros países, que establecieron un sistema de líneas regulares sin la nota de la exclusividad en su explotación, abunda en la seguridad de que en esta clase de servicios, la competencia sobre similares tráficos, de una u otra forma producen un resultado a corto plazo que no es otro sino un pacto entre empresas, con lo que el resultado final es la concentración de toda la inversión privada en unos pocos tráficos, en tanto que la mayoría de los restantes han de ser prestados por mor de subvenciones públicas. Por todo ello, parece oportuno afirmar, frente a concepciones apriorísticas y doctrinarias, y con todo respecto frente a posiciones distintas, que las recetas generales sobre la economía de mercado, que no pueden constituir un fin en sí mismas, han de ser en ocasiones matizadas por razones estratégicas y de orden social, como así recoge nuestro Texto Constitucional (arts. citados más atrás); en este sentido, baste resaltar que en ningún Estado de nuestro entorno se cuestiona que el transporte no tenga estos especiales matices, esto es, salvedades específicas con referencia a dichas reglas generales (así, el propio Tratado consolidado de la UE, que obliga/Título V a la existencia de una política especial “común” en la materia, esto es, a unas reglas específicas y distintas de las generales, en especial de las relativas a la competencia y régimen de ayudas públicas/Título VI).

Estas notas especiales de nuestro sistema concesional conforman una red de alrededor de 2000 concesiones, que en su conjunto constituyen una oferta de transportes, de alta calidad a precios socialmente asequibles, que no sólo compite con el ferrocarril, sino que llega a toda la infinidad de puntos que éste modo no cubre por razones eminentemente económicas o de rentabilidad. De otro lado, el carácter no especulativo y de continuidad de las empresas que históricamente no sólo han prestado

los servicios, sino que han creado el propio sistema, permite que una gran parte del beneficio resultante de la explotación del conjunto de líneas, se derive a favor de la existencia de los precios más bajos de la UE en torno al transporte escolar y de productores, con el alto valor social que ello conlleva (la amortización y sinergia de los medios de los servicios concesionales, producen este beneficio marginal en su dedicación complementaria al transporte especial de escolares y productores). Esta nota de complementariedad, pese a su vital importancia social y valor deflacionista, no sólo no es comúnmente valorada, sino que, por lo general, es omitida. Un sistema distinto, ya de negación de la nota de la exclusividad, ya de la contemplación de cada línea como un negocio independiente valorado fuera de este entorno general, esto es, de sustitución de esta clase de empresas tradicionales por otras formadas al efecto para cada explotación de un servicio (cuya finalidad no es otra sino el beneficio rápido, sin inversiones fijas e inmovilizado, para aparecer y desaparecer según las necesidades), supondría, a mi juicio, la quiebra de estos beneficios, así como un elemento fuertemente inflacionista y carente de todo valor en lo socio-laboral.

De otro lado, a mi juicio, los servicios públicos de la clase que nos ocupa, deben ser valorados desde un entendimiento no estrictamente intrínseco, sino de forma amplia, ya que las actuales características que los conforman constituyen una larga serie de factores positivos (empleo estable de calidad, posibilidad de fuertes inversiones solamente recuperables a largo plazo, etc.), que deben de considerarse en torno a la planificación y ordenación de la prevista apertura general concursal. Una visión meramente liberalizadora de la materia, que no pondere todos estos elementos, poniendo en riesgo o haciendo inviable su continuidad, entiendo que sería un error de inmediatos negativos efectos.

Resulta, por tanto, evidente, la necesidad de defender, potenciar, mejorar y afianzar este sistema, declarado "modélico" por la propia Comisión Europea, como sistema de "competencia controlada" (valorado como el más idóneo para satisfacer la demanda de que se trata con efectos de generalidad); esta posición de defensa del sistema, que constituye el criterio más extendido, supone, desde mi criterio, de un lado, no introducir modificaciones en relación con sus notas consustanciales, y de otro, arbitrar nuevas medidas adecuadas a la realidad actual. Desde otro ámbito, esta defensa y afianzamiento del sistema, encuentra, principalmente, dos vertientes de aplicación: nacional o interna, y externa o derivada de nuestra pertenencia a la UE. En este sentido, ha de anticiparse que este sistema (conformación de una red de transporte regular de viajeros por carretera, mediante contrato público con la Administración titular del servicio, en régimen de explotación en exclusiva) no existe en ninguno de los Estados de la UE, en algunos de los que incluso no se acepta la implantación de servicios regulares de transporte de viajeros por carretera (sobre todo, de largo recorrido), por protección de la rentabilidad del ferrocarril. Lo que no parece acertado, al menos desde la posición española (materia sobre la que se abundará más adelante), es que si la UE entiende oficialmente que nuestro sistema es el más beneficioso, no sólo

no se den los pasos necesarios para su implantación obligatoria en todo el orbe comunitario, sino que incluso se plantee (como veremos más adelante) la aprobación de cierta normativa que supone el deterioro del tejido empresarial español con experiencia, exclusivamente a favor de empresas foráneas. Es por todo ello que en el periodo 1996-2000, dentro del denominado Plan de Modernización del Transporte Terrestre), se ejecutaron importantes medidas de potenciación y defensa del sistema (liberalización de la entrada al mercado con arreglo a criterios empresariales, privatización del Grupo Enatcar, ampliación de los plazos concesionales, posibilidad de utilización del material móvil de los servicios regulares en otra clase de servicios, etc.), incrementando notablemente el valor económico de las empresas prestatarias, al efecto de promocionar así sinergias con otros sectores y su robustecimiento en relación con las empresas del ámbito de la UE. En este orden de cuestiones, hay que significar que ha habido empresas que han sabido aprovechar muy positivamente esta revalorización, incrementando su volumen de oferta, en tanto que otras se han mantenido pasivas, o incluso procediendo a la enajenación de sus títulos concesionales.

Por otra parte, nos encontramos ante un sistema que no sólo es altamente deflacionista, sino que no precisa de ayudas generalizadas públicas, ni de inversión alguna pública, salvo la lógica correspondiente a la necesidad de la infraestructura sobre la que discurren los servicios (junto con los vehículos de uso particular). De otro lado, las empresas prestatarias de estos servicios, por su historicidad y vocación de permanencia y de servicio público, se han rebelado siempre como un importante factor de estabilidad social y ausencia de toda clase de conflictos, aportando un relevante número de trabajo estable en condiciones económicas y de formación realmente destacables, así como realizando importantes inversiones (estaciones, nuevas tecnologías, material móvil respetuoso con el medio ambiente. etc.). No se trata, pues, de empresas especulativas, o simplemente complementarias dentro de grandes "holding" que extienden su ámbito de actuación sobre cualquier clase de inversiones y/o negocios, sino de organizaciones independientes en sí mismas, muy profesionalizadas, en el que el carácter familiar de las mismas imprime un elemento que conlleva la estabilidad de decenas de miles de trabajadores, factor que sería de difícil realidad dentro de un sistema cambiante cada pocos años (en especial, plazos concesionales reducidos) en lo concerniente a la prestación de los servicios, máxime si en este sistema se da entrada a cualquiera clase de empresas y/o sociedades sin los debidos antecedentes de desarrollo de la actividad, empresas que exclusivamente buscan un rápido beneficio, dentro de la concepción de la actividad como un negocio, en gran medida, de carácter transitorio o provisional, así como complementario dentro de superestructuras financieras fuertemente globalizadas.

En último término, y habida cuenta el nivel tecnológico alcanzado por los nuevos motores, así como por otra serie de elementos del material móvil que inciden en la seguridad, el sistema, teniendo en cuenta el nivel de inversiones llevado a cabo por estas empresas, contribuye notoriamente a la mejora del medio ambiente y reforzamiento de los niveles de segu-

ridad, a la vez que constituye, en sí mismo, un factor de potenciación de la utilización del transporte público.

Todas estas virtudes o características del sistema, que van mucho más allá del valor de la calidad de los servicios, son realidad en base, principalmente, a la suma de dos elementos básicos; de un lado, la exclusividad en la prestación de los servicios, y de otro, la existencia de plazos largos de explotación en los títulos concesionales, única forma de que puedan darse plantillas fijas, inversión en formación y nuevas tecnologías, así como incluso en infraestructuras (estaciones, talleres, etc.), así como de que existe la mínima estabilidad en la que todos estos efectos positivos se puedan desarrollar. Sin estos dos elementos básicos, los efectos positivos del sistema son inviables

3. Problemática actual en torno al sistema

No obstante todo lo expuesto anteriormente, ha de significarse que, en la actualidad, concurren numerosos factores que amenazan, con mayor o menor intensidad, la continuidad del sistema conformado con los valores indicados, que son los que lo justifican en tanto que producen los efectos positivos igualmente enunciados. Así pues, no entiende el que suscribe que la continuidad del sistema tenga problema alguno de continuidad, sino de que su persistencia esté o no rodeada de tales elementos positivos. Estos factores son, fundamentalmente, de orden interno o nacional y de orden externo, así como de naturaleza tecnológica, y sumadamente configuran un panorama actual lleno de incertidumbres con referencia a la continuidad con dichos positivos valores de un sistema que entiendo no tiene alternativas igualmente satisfactorias de sustitución. No obstante lo dicho, si bien el que suscribe, por las razones que más adelante se exponen, no participa de ninguna visión idílica sobre la situación actual del sector, tampoco se estima que estemos ante una situación grave en la que quepa el pesimismo, por cuanto que los elementos negativos que en la actualidad confluyen son de fácil solución, mediante la adopción, a tiempo, de las oportunas medidas.

En lo concerniente a los factores internos, desde los propios ámbitos del sector se enuncian, con mayor o menor énfasis, los siguientes:

a) el hecho de que, a partir del año 2010 (y con alcance prácticamente total a partir del 2012), empiecen a vencer los plazos concesionales (en algunos casos, a partir del 2007), lo que dentro de un nuevo entorno de competencia derivado de la pertenencia de España a la Unión Europea, habrá de irrogar, si no se adoptan a tiempo las oportunas medidas, una política empresarial de desinversión según se vaya llegando a dicho término (material móvil, sistemas informáticos, estaciones, etc.), así como de decrecimiento desmedido de costes (ajuste de plantillas, conservación y mantenimiento, etc.), no sólo para minimizar las pérdidas de capital, sino que para poder competir mejor en esas fechas, dentro de una concepción puramente economicista del servicio público. Además, las empresas, pues, encontrarán, en breve, dificultades de financiación para renovación del material móvil, etc., ya que su valor decrece hasta hacer

inviabile esta financiación, en función del grado de acercamiento del final de los plazos de las concesiones que explotan (sobre este particular, debe de indicarse que el grado de financiación externa de la mayoría de nuestras actuales empresas, es muy alto, como consecuencia del necesario esfuerzo de modernización que vienen llevando a cabo en los últimos años, principalmente en orden a la prestación de los servicios con el más moderno material móvil, respetuoso con el medio ambiente, así como por las inversiones en nuevas tecnologías). De otro lado, resulta innegable que en un nuevo horizonte tan cercano de concurrencia general de las actuales concesiones, el sistema podría quedar afectado negativamente, ya que las empresas (tanto las actuales, como otras que se formaran al efecto), ante la incertidumbre que supone el resultado de un proceso general tan amplio de apertura, acudirían solamente (salvo que se establezcan a tiempo las medidas oportunas) hacia los servicios rentables, abandonando los escasamente rentables y los deficitarios (que son la mayoría); por el contrario, a mi juicio, estos perjuicios se podrían mermar notablemente, por las razones que se indican más adelante, si se adoptan, a tiempo, las necesarias medidas normativas de ordenación. En suma, cabe afirmar que el sistema precisa, además de una planificación correcta y ordenada en torno a la meritada apertura concesional generalizada, de un fortalecimiento previo del sector empresarial, que desgraciadamente va más allá de dicho horizonte del 2010, lo que representa un grave problema al que puede darse distintas soluciones. No se trata, pues, a mi juicio, de retrasar esta apertura para que llegados los nuevos términos concesionales nos encontremos ante una situación similar a la actual, en la que se mantengan con igual o menor intensidad los problemas actuales, sino de preparar el sector y adoptar las medidas normativas necesarias para que tal apertura, cuando se entienda que haya de producirse, sea beneficiosa, esto es, para que esta "transición" sea ordenada y rentable socio-económicamente.

b) la falta de la necesaria adecuación de las empresas españolas para enfrentarse a este horizonte en un plazo tan breve, a pesar de que en los últimos años este sector viene desarrollando un enorme esfuerzo de reforzamiento (principalmente en orden a alcanzar mayores niveles de volumen u oferta empresarial, así como de introducción de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones); el hecho cierto del considerable retraso de la Administración española en acomodar su ordenación a los principios liberalizadores de la UE (lo que no se hizo sino muy tardíamente hasta Legislatura 1996-2000, mediante la ejecución del Plan de Modernización del Transporte Terrestre), ha originado una importante demora en la conformación de una oferta competitiva en un entorno globalizado, esto es, en el proceso de mejora de las estructuras empresariales. La cumplimentación de este Plan de Modernización (en especial: 1.- ampliación del plazo concesional por cinco años más, a costa de ejecutar ciertas inversiones (en especial, renovaciones anticipadas del material móvil) y congelación tarifaria. 2.- privatización en bloque de la empresa pública Enatcar. 3.- liberalización del transporte discrecional con arreglo a criterios empresariales) constituyó una importante revalorización de nuestras empresas concesionarias, lo que ha permitido actuaciones derivadas de las sinergias existentes y de la globalización de la

Economía; ahora bien, aunque ello ha dado lugar a notables acciones de ampliación del volumen de empresa (adquisición de empresas del sector por otras del mismo, procesos de fusión y absorción, etc.), es todavía prematuro alcanzar los niveles de ciertos Estados de la UE, que cuentan con un conglomerado de empresas mucho más potentes. Estos procesos, y otros que, con seguridad, tengan lugar en los próximos años, precisan, según mi criterio, de un tiempo mínimo de amortización y estabilización, de modo que la existencia de un grupo de empresas lo suficientemente fortalecidas para competir en este espacio europeo, va más allá del horizonte 2010. No puede omitirse, sobre todo ello, que una serie de empresas “han hecho los deberes” de forma muy satisfactoria, incrementando su volumen de oferta, y en general muchas ha iniciado importantes procesos de modernización (nuevas tecnologías, etc.), siendo éstas las empresas que precisamente al estar más endeudadas y haber apostado sin reservas por la mejora de los servicios, se encontrarán en peor situación (mayores costes) ante la apertura concursal generalizada, salvo que se arbitren las medidas pertinentes.

c) La situación presente y a medio plazo del transporte ferroviario, inmerso en las siguientes realidades:

1. positiva potenciación del sistema ferroviario español, con su consiguiente mejora de competitividad (proceso liberalizador derivado de las directrices de la UE; reciente Ley del Sector Ferroviario), especialmente a través de las nuevas infraestructuras de alta velocidad tanto en ejecución, como planificadas, y el seguimiento de una política común de transportes en el marco de la UE proteccionista de este modo de transportes, y “obstaculizadora” (termino utilizado en el Libro Blanco de la Comisión) del desarrollo del transporte público por carretera; estos extremos dificultarán aún más, si cabe, el reforzamiento de las empresas españolas concesionarias, que se encontrarán de lleno, en dicho entorno del 2012, con estas nuevas dificultades, de difícil afrontamiento al no haber podido alcanzar todavía (salvo que se actúe en este momento sobre la problemática en cuestión) los niveles de volumen, flexibilización de costes y medios financieros que para hacer frente a esta compleja realidad son necesarios. En esta política de cambio de la intermodalidad, de lógica potenciación del transporte ferroviario, para un adecuado sistema integral de transportes, será necesario un sistema de transporte público de viajeros por carretera todavía más eficiente y eficaz; todo ello coincide con la necesidad de existencia de un menor número de empresas de transporte público de viajeros por carretera y menor atomización del mercado, a favor de empresas nacionales con experiencia lo suficientemente potentes para afrontar una apertura total simultánea de los servicios o concesiones, así como los retos de una apertura a la competencia extranjera (en especial, de las fuertes empresas de transportes de distintos países de la UE), así como para competir con un ferrocarril más eficiente.

2. Necesidad de mejora de la armonización de las condiciones de competencia entre el transporte ferroviario y el transporte por carretera. Así, parece congruente que el transporte ferroviario y el transporte por carretera compitan progresivamente en condiciones de mayores niveles de igualdad, tanto por lo que a la flexibilidad de las

condiciones de explotación y trámites administrativos se refiere, como en especial a la ausencia de subvenciones públicas, tanto directas como indirectas.

d) la no apertura del transporte urbano a la iniciativa privada con una mayor intensidad; aunque no puede ignorarse que en la última década algunas Administraciones municipales han abierto el transporte urbano a la iniciativa privada, con resultados muy satisfactorios, este modo de transporte continua inmerso, por lo general, más allá de lo estrictamente necesario, en un sistema de gestión pública municipal, con mayores costes y, en muchos casos, con enormes y escandalosos déficit; esta situación origina, de un lado, la dificultad de crecimiento de nuestras empresas (mayor volumen de oferta, lo que es preciso para cualquier situación de competencia respecto de empresas y capitales extranjeros); de otro, no permite liberar enormes sumas que en numerosos casos se aportan a estas empresas públicas, para otras atenciones sociales, con el efecto negativo que ello conlleva, dentro de una lógica realidad de limitaciones presupuestarias. En este orden de cuestiones, cabe apreciar que debe tenderse a que las empresas de transportes de viajeros por carretera, sean precisamente esto, es decir, que abarquen todos los segmentos: servicios regulares, servicios discrecionales, servicios de transporte de escolares y productores, servicios urbanos, estaciones, etc. Esta concepción amplia, a mi juicio, es la única forma de entender el presente y futuro del sector, así como de encontrar los niveles óptimos de volumen de oferta y la debida estabilidad. En este sentido, puede afirmarse que existen claros y positivos ejemplos de empresas nacionales que así entienden su actividad, que incluso la completan obteniendo fuera de nuestras fronteras nuevos mercados.

En cuanto a los factores de naturaleza externa, el cambio del tradicional entorno en el que se ha desenvuelto nuestro sistema concesional, resulta más acusado, por la existencia de estas empresas no nacionales, de enorme volumen y capacidad económica; existe coincidencia mayoritaria de criterio, en el sentido de estimar que, si se abrieran a la competencia europea los actuales servicios concesionales, en un plazo tan corto como a partir del año 2010, un número destacado de los servicios de más rentabilidad (los únicos a los que estas empresas concursarían) serían explotados por ellas, con la consiguiente merma del tejido empresarial nacional, así como del carácter de universalidad del sistema, al producirse el abandono o desinterés por servir las líneas escasamente rentables y deficitarias. Por otra parte, esta ruptura del principio de universalidad conllevaría un alto coste para las Administraciones Públicas españolas, ya que esa gran mayoría de servicios o tráfico no altamente rentables tendrían que ser mantenidos en su prestación a través de costosas ayudas públicas. A estos efectos, no puede desconocerse que el sistema concesional español se creó mucho antes de nuestro actual régimen constitucional, conformándose de modo que las empresas sirvan servicios rentables junto a otros deficitarios; teniendo en cuenta que, en la actualidad, por la conformación de nuestro Estado en las distintas CCAA las líneas de largo recorrido (de la competencia de la Administración del Estado) son rentables, en tanto que un importante número de las líneas de ámbito autonómico son escasa-

mente rentables, e incluso deficitarias, entiendo que el proceso de planificación de la apertura concursal debe hacerse coordinadamente con todas las CCAA, para evitar la falta de empresas ofertantes en estas líneas de la competencia de las CCAA, con el consiguiente perjuicio para los ciudadanos, así como para las cuentas públicas (necesidad de subvención de estos servicios).

No obstante todo lo que se viene exponiendo, ha de advertirse que no puede ni debe confundirse el “sistema concesional” con las actuales empresas prestatarias del servicio. No se trata, pues, de que no exista nunca “apertura concursal” y “ex lege” siempre sean las mismas empresas las que presten tales servicios; a mi juicio la cuestión estriba, como reiteradamente expongo en este estudio, de algo tan distinto como: 1) despegar incertidumbres en el empresariado, para que no se produzcan procesos generalizados de desinversión. 2) establecer medidas (como así contempló, desde su redacción inicial, la LOTT-artículo 74.2, que precisa para su efectividad de desarrollo reglamentario) para que aquellas empresas que han invertido y “hecho bien los deberes” tengan la oportunidad muy cierta de continuar explotando los mismos servicios que explotan, lo que es compatible con que exista la debida concurrencia y en muchos o algunos casos no sea así. 3) reforzar en este momento nuestro tejido empresarial, para que esté mejor preparado de cara a la apertura concursal generalizada, frente a la competencia de empresas de otras nacionalidades de la UE. 4) impedir la existencia de “frentes especulativos” que nada aportan.

Así, y con referencia a la entrada, que pude llegar a ser notoria, de empresas no nacionales, como contraprestación a este inevitable hecho, no se atisba ningún elemento positivo, o de mejora del sistema, ya que al no existir en ningún Estado de la UE, salvo en España, una red de líneas regulares de explotación obligatoria, no existe reciprocidad, en el sentido de que en tanto que la apertura nacional de este voluminoso mercado supondrá una oportunidad de expansión para estas empresas no nacionales, las empresas españolas no tendrán oportunidad similar alguna de competir en ningún Estado de la UE por semejantes servicios. En cuanto a la posibilidad de competir por los servicios o tráfico nacionales, resulta palmario que en un entorno de los años 2010-2012, como se ha expuesto, nuestro sector empresarial tendría enormes dificultades, corriendo el riesgo de su disminución, máxime teniendo en consideración que, al no encontrarse, según lo indicado, en las debidas condiciones de conformación de la oferta, la depreciación de las empresas será para entonces total, por cuanto que su valor, en gran medida, viene dado por los años de vigencia de los servicios que explota. Esta falta de reciprocidad en cuanto a las condiciones de concurrencia justifica, a mi juicio, por sí sola, la imperiosa necesidad objetiva de afianzar a nuestras empresas nacionales, y de reforzarlas en conjunción con el mantenimiento del régimen concesional, como elementos intrínsecamente unidos en torno a la culminación de una oferta adecuada de transportes nacional y de una red de servicios debidamente coordinada y optimizada (“sistema concesional en red”). Dentro de este apartado, merece subrayarse el proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “la intervención de los Estados

miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable”, cuya aprobación supondría para España la obligación de concursar todos los servicios de que tratamos (regulares permanentes de uso general interurbanos prestados en régimen de exclusiva mediante contratación con el Estado), y con unos plazos concesionales máximos que parece pueden oscilar en cinco/ocho años (en nuestra actual normativa/LOTT, según redacción dada por el R.D.Ley 4/2000, de 23 de junio, se prevé que este plazo no sea inferior a seis años, ni superior a quince, si bien en la redacción original de la LOTT estos plazos se fijaron en ocho y veinte años, respectivamente); por otra parte, debe denotarse que este proyecto reglamentario admite la existencia de nuestro sistema concesional, como de “competencia controlada” (adjudicación por concurso y exclusividad en la explotación del servicio). Sobre este particular, cabe llamar la atención de que, caso de concursar, por aplicación de dicho Reglamento, todos los servicios, antes de la expiración de los plazos concesionales, con rescate anticipado de las concesiones, habrían de abonarse a los concesionarios costosas indemnizaciones. En todo caso, es clara la valoración que para el sector empresarial español puede merecer este proyecto reglamentario, en tanto que no exista la debida reciprocidad, y consiguiente igualdad de oportunidades. Por otra parte, merece extenderse, aunque sea sucintamente, sobre la contemplación en este proyecto de un plazo tan reducido para la explotación del servicio, debiéndose denotar, sobre este particular, lo siguiente: a) unos plazos tan reducidos provocan la necesidad de amortización de material móvil e instalaciones en menor tiempo, lo que deriva bien en un incremento de tarifas, bien en la reducción de la calidad del servicio y de las condiciones sociales de los trabajadores. b) la imposibilidad de empleo estable. c) un sistema de estas características prima la existencia de empresas especulativas y de las denominadas “de papel”, por cuanto que resulta ilógico asumir riesgos económicos en tan dilatados espacios de tiempo y con una enorme inseguridad en lo concerniente a la continuación del servicio. d) los plazos concesionales no sólo han de ser mucho más amplios, sino que no debe decretarse un término inexorable tan dilatado de aplicación a todos los servicios; el plazo concesional debe ser el resultado de calcular la amortización y beneficio, en función de la rentabilidad (número de pasajeros X kms. recorridos), la calidad y tarifas del servicio. A mayor calidad y tarifa más reducida, mayor debe ser el plazo concesional, significándose que claramente los plazos concesionales más largos son beneficiosos para todos los intereses a proteger: para las empresas, para la calidad de los puestos de trabajo, para tarifas más reducidas, para la calidad del material móvil y sus plazos de renovación, etc. Finalmente añadir, en relación con esta cuestión de los plazos concesionales, en relación con los posibles futuros concursos, lo siguiente: 1) como ya expuse más atrás, solamente plazos largos aseguran plantillas estables y grandes inversiones. 2) no parece prudente que cada 10/12 años tenga que repetirse una apertura general concursal, con la problemática e inestabilidad empresarial que ello plantea. Es por todo ello que también podría estudiarse la procedencia de ampliar el plazo máximo legal actual de quince años (en la redacción original de la LOTT, como se ha indicado más atrás, el plazo no podía ser inferior a 8 años, ni superior a 20/art.72.3), volvien-

do al plazo inicialmente previsto en la LOTT (que se modificó por el art. 2 del R.D. Ley 4/2000, de 23 de junio), e incluso ampliándolo a veinticinco años, ya que ello constituiría, además de un factor de disminución de los precios e incremento de la calidad de los servicios, una mayor estabilidad del sistema, así como la mejor forma de implantar una auténtica “red concesional en red” lo suficientemente sólida y consolidada. No puede afirmarse en este sector que unos plazos más cortos supongan una mayor apertura a la competencia, pues en definitiva las empresas lo suficientemente dotadas para la realización de la clase de servicios de que se trata no va a incrementarse ni a mejorar por este hecho; a “sensu contrario”, ha de resaltarse que tal disminución de los plazos máximos de explotación, lo que con toda seguridad produce es una desoptimización de los recursos privados, ya que en definitiva conllevan que en un menor espacio de tiempo se “turne” la explotación de los servicios de unas a otras empresas, así como un factor de desorden y desestabilización social (plantillas, etc.), que aconsejará no mantener empleo estable, ni grandes inversiones (que han de financiarse a largo plazo). Pretender introducir recetas de economía general a un sector tan relevantemente social y estratégico como el que nos ocupa, en el que confluyen tantos factores a proteger, sin establecer las debidas limitaciones y matizaciones a estos principios y las reglas adecuadas a su especificidad, no ha de producir sino daños para todos los intereses a preservar. De otro lado, pueden citarse otros muchos sectores, incluso también de carácter estratégico, que bien mediante simple autorización administrativa o licencia, bien mediante contrato de concesión administrativa, tienen otorgados plazos mucho más largos, sin que desde ningún foro o ámbito se ponga en duda la bondad de todo ello. En todo caso, lo que parece de difícil discusión, es que, admitiendo dicha falta de reciprocidad en el momento de la apertura concursal, es necesario asegurar y potenciar a aquellas empresas españolas del mínimo nivel de oferta indispensable para competir en Europa, de modo que en dicho momento no nos encontremos con el hecho de que, por no adoptar a tiempo las debidas medidas, no sólo se haya de soportar dicha falta de reciprocidad, sino que incluso no contemos con empresas altamente competitivas por su fortaleza en todos los ordenes; igualmente cabe señalar que la planificación jurídica y técnica de esta apertura general concursal ha de afianzar que, ultimado el proceso, se continúe contando con empresas de este nivel, pues si el resultado es distinto e incluso tendente a una excesiva atomización, el resultado sería negativo para nuestra economía y grado de competitividad.

Pero también puede darse una situación interna de carencia de reciprocidad para el acceso a los servicios de la titularidad de las CCAA; esta situación, que valoro como posible, si bien con ámbito no generalizado (existen, en el momento actual, varias CCAA que están valorando la oportunidad de otorgar una prórroga de los plazos de explotación de sus servicios concesionales), vendría dada por el hecho de que algunas CCAA, antes de llegar dicho plazo de finalización de las concesiones de ámbito autonómico, otorguen una prórroga de las mismas, lo que afectaría, principalmente, a empresas de transportes de tradición y localización autonómica o regional (que las CCAA tienden a proteger). De esta forma, estas

empresas españolas regionales podrían acudir a los concursos de los servicios estatales de ámbito supra-autonómico (por el vencimiento de los plazos concesionales de éstas), en tanto que las empresas de ámbito inter autonómico no tendrían la oportunidad de acceder a estos servicios regionales o autonómicos. Teniendo en cuenta que debe tenderse a la existencia de un menor número de empresas, pero de mayor volumen de negocio (para que puedan competir en el espacio europeo), esta situación sería negativa para el sector.

Como tercer y último elemento fundamental que amenaza la eficiencia a medio plazo del sistema, debe de hacerse una referencia a las nuevas tecnologías, que con una rapidez fulgurante están modificando todos los modos de transportes, así como el equilibrio entre los mismos, además de constituir un elemento de solución y/o mejora de los más acuciantes problemas que afectan al transporte por carretera (medio ambientales, congestión de las infraestructuras, seguridad, etc.). En este orden de cuestiones, puede afirmarse que las empresas concesionarias españolas han iniciado ya un proceso de incorporación de las nuevas tecnologías, que se trasluce en mayores niveles de gestión informatizada, logística y comercialización a través de medios tecnológicos avanzados, material móvil menos contaminante, incorporación de nuevos sistemas de frenado de los vehículos, carrocerías dotadas de arcos de seguridad para caso de accidente, medios técnicos para el acceso de personas con movilidad reducida, motores menos contaminantes, y un largo etc., sin olvidar los esfuerzos en formación del personal. No obstante, el grado de tecnificación alcanzado por nuestras empresas no es todavía el idóneo, como no lo es tampoco el nivel de atomización del mercado (por razón de dicho retraso en la adecuación de nuestra normativa interna a las directivas comunitarias), precisando un periodo de nuevas inversiones que va más allá del horizonte 2010-2012. Este proceso no sólo debe continuar, sino que debe animarse desde las distintas Administraciones Públicas (acierto del Plan Plata del M^o de Fomento) para que se incremente el ritmo de inversiones y se acelere el necesario periodo de modernización, lo que precisa, en el momento actual, de una cierta mejora en la garantía de posible continuidad de las empresas. A “sensu contrario”, como se ha expuesto más atrás, el tan inminente horizonte del año 2010 puede conllevar, salvo que se produzca tal afianzamiento, una desinversión apreciable con referencia a las nuevas tecnologías, que junto con el objetivo de alcanzar mejores niveles de volumen de empresa, suponen el principal elemento para un transporte de más calidad y de mayor seguridad, dentro del concepto de desarrollo sostenible, esto es, de un transporte público de viajeros por carretera respetuoso con el medio ambiente. Es por ello que cabe valorar como muy positivo y acertado el Plan Plata, que contempla la importancia de esta realidad; también, el hecho de que en España, por vez primera (entre otros, a iniciativa de quien suscribe), el Plan Nacional de I+D+i (2004-2007), contemple un Subplan especial para el Transporte, que contempla el factor de la intermodalidad, así como todos los modos de transportes. Para quien como este autor, viene defendiendo con carácter de pionero en distintos Libros y conferencias el seguimiento de una “política común tecnológica del transporte” (procedencia de un “Plan Tecnológico Europeo del

Transporte”), basada en el imperio de las nuevas tecnologías y de la investigación y desarrollo, todo ello constituyen iniciativas muy positivas que han de mejorar al sector. La Administración competente ha reconocido recientemente la importancia de este factor, al tramitar la recientemente aprobada en Cortes Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre “mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera”, cuyo artículo primero establece una nueva disposición adicional de la LOTT (novenava), que expresamente dice. “Se faculta al Ministerio de Fomento para el establecimiento de un programa de innovación y fomento de la calidad en la red de servicios regulares de transporte de viajeros por carretera que contemple la presentación de planes individualizados de innovación y mejora de la calidad y su ulterior aprobación. En los concursos que se convoquen para el otorgamiento de concesiones de transporte regular de viajeros por carretera, permanentes y de uso general, se podrá valorar a los efectos de la adjudicación, en los términos que reglamentariamente se determinen, el cumplimiento de los planes individualizados de innovación y mejora de la calidad a los que se refiere el párrafo anterior”.

4. Medidas de carácter general

La situación descrita puede ser objeto de medidas que no sólo resuelvan y/o mejoren la problemática planteada, sino que potencien y refuercen el sistema concesional español, dentro de una concepción del mismo que rebasa el propio ámbito intrínseco del transporte, esto es, que tengan incidencia sobre nuestro tejido empresarial, laboral y tecnológico.

Fundamentalmente, dos son las posibles medidas de carácter general que se enuncian desde diferentes ámbitos. Desde el propio sector, se propone la aprobación legal de una prórroga de los plazos de las concesiones, por un período de aproximadamente de diez años, en tanto que desde algunos sectores públicos se contempla la problemática centrándola en torno a la valoración de los actuales concesionarios en el proceso de evaluación de ofertas de los futuros concursos, sin acudir a ampliación alguna de los actuales plazos concesionales. En todo caso, y desde el máximo respeto hacia todas las posiciones y criterios, sí puede afirmarse que hay coincidencia en lo concerniente a la constatación de una problemática que merece ser resuelta antes de que por el acercamiento de los términos de los plazos concesionales se produzca un proceso de desinversión, disminución de plantillas de carácter fijo, descapitalización y desprofesionalización del sector, o de enajenación generalizada a precios de saldo de las empresas sin un gran volumen de oferta, así como en la necesidad de defensa de nuestro tejido empresarial (inexistencia del factor de competencia pública en el resto de los Estados de la UE, según se ha expuesto más atrás). En todo caso, merece llamarse la atención sobre la necesidad de coordinar esta materia con todas las CCAA (algunas partidarias de dar una solución urgente mediante una amplia prórroga de las concesiones, como así ha hecho recientemente la Generalidad Catalana), poniendo en práctica las medidas que cuenten con mayor consenso. Como cuestión previa, ha de advertirse que la relación de estas posibles medidas, que se enuncian a continuación, en modo alguno supone que el

que suscribe sea o no partidario de una u otra, pues el presente documento no tiene por finalidad expresar ninguna opinión sobre tal materia, sino como al principio del mismo se expuso, su objeto estriba simplemente en presentar la existencia de una problemática actual, de notable importancia, desarrollando los temas que en relación con la misma se suscitan en los distintos ámbitos competentes.

1. Respecto de la ampliación de los plazos concesionales (prórroga de las concesiones), teniendo en consideración los factores expuestos, y el hecho de la necesidad de mejora en la planificación y coordinación de la actual red concesional, que puede y debe ser optimizada, existen al menos tres posibilidades de actuación, que requieren de una norma del rango formal de Ley.

La primera de estas alternativas, estriba en otorgar a las empresas concesionarias la posibilidad de convalidar o sustituir las actuales concesiones (medida ya realizada en la LOTT/1987-disposición transitoria segunda, acortando notablemente sin indemnización los plazos entonces vigentes de explotación de los servicios, como medio de adecuación del sistema a los principios de la Ley), por otras nuevas cuyo plazo de concesión de 15 años empezaría a regir a partir del otorgamiento de la nueva concesión sustitutoria. Con ello, el horizonte 2010-2012, que es demasiado precipitado para afianzar el sistema con sus actuales valores, se demoraría lo justamente suficiente como para que no sólo no se produzcan los efectos negativos descritos resultantes de un plazo demasiado cercano, sino para que el sector español tenga una oportunidad cierta y planificada de afrontar los retos de una mayor competencia entre modos y dentro del mismo modo, así como de los derivados de una economía cada vez más interrelacionada entre los distintos factores económicos y más globalizada. En suma, se trata de una medida que pretende, a la vez que servir de cauce para una mejor planificación del transporte, constituya la base para que las empresas nacionales no se deterioren, todo ello en torno a la base del transporte público de viajeros por carretera, esto es, alrededor del sistema concesional.

Como segunda alternativa, de similar efecto (propuesta mayoritariamente por el sector), se propone no acudir a dicho rescate, y otorgar (por Ley) una prórroga de los actuales plazos de las concesiones, en torno a un máximo de ocho/diez años, con el mismo alcance y con el mismo sentido que se estableció en la Ley de "Acompañamiento" a los PGE para 1997/art. 167 (prórroga de cinco años). Esta es claramente una fórmula más sencilla, pero de contenido más limitativo en lo concerniente al establecimiento de cualesquiera clase de modificaciones concesionales en los servicios (condiciones de explotación).

En ambos supuestos, la medida sería de aplicación a las concesiones de la competencia de la Administración del Estado (Ministerio de Fomento), pudiendo acogerse al precepto legal que la instituya las CCAA que así lo estimen pertinente, considerándose que, por lo general, es de estimar un ámbito territorial de efectividad o aplicación de la norma lo suficientemente amplio como para constituir una medida adecuada en torno a resolver y/o mejorar la problemática existente.

En cuanto al contenido concreto de esta acción, fundamentalmente se articularía con arreglo a los siguientes principios:

a) la Administración competente, titular de la concesión, ofrecería al concesionario la posibilidad de acordar por mutuo acuerdo la revocación de las actuales concesiones que explote, otorgando simultáneamente otras nuevas con un plazo de vigencia de 15 años, en las que se incorporaría la obligatoriedad del concesionario de cumplir un plan de desarrollo integral, según lo indicado en el apartado siguiente. En el supuesto de continuación de las actuales concesiones, esto es, de simple prórroga del plazo, se actuaría de modo similar (la prórroga se condicionaría al consenso de las empresas sobre implantación de las medidas determinadas por la norma).

b) este plan vendría referido a la consecución, según detallada programación y plazos, de una serie de objetivos concretados a:

- mejoras en el material móvil
- niveles de conservación y mantenimiento
- introducción de nuevas tecnologías
- inversiones en proyectos de I+D relacionados con el transporte público de viajeros por carretera.
- introducción de los nuevos sistemas de información
- introducción de los más avanzados sistemas de seguridad
- inversiones en formación
- capitalización de la empresa
- infraestructuras (estaciones, talleres, centros de formación, etc.)
- etc.

A estos efectos, deberían de valorarse no sólo los compromisos de futuro (a implantar en un periodo prefijado, que sería distinto en función de la inversión total y de las posibilidades de cada servicio derivadas de su rentabilidad), sino también aquellas inversiones que las empresas hubieran hecho en los últimos cinco años, extremo que es lógico y justo, ya que existen empresas que han hecho un notorio esfuerzo, que consecuentemente debe ser apreciado. Respecto de los servicios carentes de la rentabilidad que haga posible tales mejoras, lógicamente se atendería a criterios más bajos de compensación (mejora de horarios, mejora de la edad media del material móvil, etc.), por cuanto que la continuidad de los mismos ha de ser paralela con respecto a los servicios rentables (“universalidad” del sistema), y en todo caso es de interés público su prestación.

Lógicamente, en orden a la introducción de estos programas o acciones, se tendría en cuenta el nivel de rentabilidad de cada concesión, así como la dimensión de la empresa de que se trate, tendiéndose a una proporción o equilibrio entre unos y otros factores, requisitos y condicionantes.

Esta medida, sin perjuicio de otras alternativas que se estimen más pertinentes, sería una de las formas de relanzar la necesaria modernización del sector, que precisa de un aceleramiento continuado del nivel de inver-

sión, solamente viable dentro de un horizonte más lejano del 2012. Por todas las razones indicadas, para que esta acción tuviera efectos positivos, habría de culminarse con la debida antelación al acercamiento de los términos concesionales. En este orden de cuestiones, y con referencia a lo dispuesto en la nueva disposición adicional novena de la LOTT (establecida por la Ley 29/2003), merece destacarse que esta nueva norma habrá de tener ciertos efectos positivos en orden a que este proceso desinversor sea menos acusado, si bien es patente que desde la promulgación de esta nueva disposición se habrán de paralizar por las empresas todos los proyectos de mejora, hasta que una vez desarrollada reglamentariamente esta disposición, se culmine el proceso de aprobación por la Administración de los planes de mejora de la calidad de que se trata, que deben de ser lo más amplios y continuados en el tiempo (desde la fecha de su aprobación, hasta fechas cercanas a la expiración del término concesional). Estos planes no deben, a mi entender, referirse solamente al servicio contemplado de forma individualizada, sino que deben de computar las mejoras e iniciativas empresariales generales, que repercuten en todos los servicios que explote la empresa.

c) junto con la introducción en el clausulado concesional de los anteriores planes de actuación, la Administración competente introduciría aquellas modificaciones (paradas, expediciones, horarios, tarifas, etc.), que se estimasen pertinentes en orden a una mejora del servicio (mejora de la red concesional, conformándola en red), pudiéndose, por tanto, revocar por mutuo acuerdo una o más concesiones del mismo concesionario a convalidar en una única nueva concesión que las agrupe, en los casos de que su coincidencia física lo permita (ya por ser esta coincidencia total, ya por medio de una prolongación o ampliación del itinerario en los casos que proceda). Es evidente, como se propone más adelante, que para poder hacer con la debida rigurosidad y acierto estas modificaciones, ha de contemplarse previamente la red en su conjunto, lo que provoca la necesidad de realización de un estudio previo de planificación general. El resultado de este estudio objetivo bien pudiera derivar en la introducción de escasas y poco sensibles modificaciones en las condiciones de explotación de los servicios, bien en cierto número de cambios (itinerario y paradas fundamentalmente), que den lugar, junto al mantenimiento (modificado en mayor o menor número de servicios) de los actuales servicios, en nuevos servicios a concursar, derivados de tales cambios. Ello produciría, de aplicarse las medidas que se detallan en el epígrafe B) posterior y apartado V de este documento, junto con la continuación de la mayoría de las actuales empresas como explotadoras de los mismos servicios que han venido realizando, la entrada de nuevas empresas (en tales nuevos servicios) en el sistema, lo que significaría una apertura concursal equilibrada desde todos los puntos a proteger.

En tercer término, y como medida también de carácter general, podría valorarse una actuación más sencilla que las dos anteriormente expuestas, consistente en volver a una redacción más acorde con la original de la LOTT, en cuanto a los plazos mínimos y máximos, fijándolos, respectivamente, en diez y veinticinco años, motivando los beneficios de

todo orden que ello, según lo expuesto, conlleva; junto a ello, el mismo precepto establecería de forma indirecta que todas las concesiones de la Administración del Estado se someterán a dicho plazo máximo, incluidas las actualmente en explotación, empezándose para éstas a computar dicho plazo de veinticinco años a partir de la fecha de convalidación de cada concesión, de acuerdo con los términos de la Disposición Transitoria Segunda de la LOTT, sumándose para el computo del vencimiento de los contratos concesionales vigentes a dicho plazo resultante, los años de explotación derivados de los efectos prevenidos en el art.167 de la “Ley de Acompañamiento” a los PGE de 1997. Con esta fórmula se huye del término “prórroga”, pero se otorga este pequeño incremento real de los plazos de explotación, positivo a tenor de todo lo expuesto en este documento, a la vez que sirve de reparación de la “expropiación” sin indemnización de que fueron objeto las actuales empresas concesionarias por imperativo de la ya enunciada disposición transitoria segunda de la LOTT; finalmente, añadir que las CCAA que así lo deseen, podrían también acogerse a esta medida.

Estas alternativas se consideran negativamente desde algunos sectores, principalmente públicos, en el entendimiento de que si lo que constituye el pilar de defensa del sistema en la UE es la concurrencia en la adjudicación de los servicios, la ampliación de los plazos de las concesiones supone la inexistencia de concurrencia a medio plazo. Frente a esta concepción, que es absolutamente tan respetable como otras, los fundamentos a favor de las alternativas expuestas se basan en: a) el sistema seguiría jurídicamente sometido al régimen concursal, si bien se demoraría la apertura de los concursos por razón de ausencia de reciprocidad en el resto de los Estados de la UE. b) la medida supondría la posibilidad de adoptar las soluciones que mejor procedan en un espacio más lejano, en el que la realidad europea, respecto de la materia de que se trata, puede ser muy cambiante e incluso con existencia de reciprocidad. c) se trata de resolver la problemática en el momento actual, ya que cualquiera otra medida alternativa que se demore (y con mayor razón, que se difiera al momento del término de los plazos concesionales y apertura de los pertinentes concursos) no evitaría los efectos negativos indicados, esto es, la merma de nuestro actual tejido empresarial (con los efectos negativos sobre el empleo, abandono de concesiones no rentables, etc. que ello conlleva). No obstante todo lo expuesto, sí cabe afirmar, a mi juicio, dos cuestiones, cuya valoración por las autoridades competentes, pueden constituir la base de las alternativas a adoptar sobre la problemática planteada: a) ciertamente, la aprobación de una nueva prórroga, supone demorar la solución de esta problemática, pudiéndose considerar que la propia continuidad de sistema precisa de la realización de esta apertura general concursal; sobre esta cuestión, a mi juicio, deben ponderarse todas las problemáticas suscitadas en el presente documento, así como que la concurrencia no constituye un fin en sí misma, siendo o no positiva en la medida de que sea oportuna en el tiempo y capaz de mantener y mejorar el sistema. b) como elemento contrario a esta apertura, de carácter fundamental, se halla el hecho de la no-reciprocidad a nivel de la UE, no pudiéndose poner en duda el valor máximo de proteger en condiciones de equidad nuestro actual tejido empresarial.

El que suscribe el presente documento, no obstante todo lo expuesto, estima que no existe ninguna solución cuyo contenido no tenga aspectos positivos y negativos, si bien se considera que, como se expone más adelante, existen otra clase de medidas que, con independencia de la problemática existente por el acercamiento de la finalización de los plazos concesionales, podrían ser objeto de establecimiento, por cuanto que no sólo resolverían una serie de cuestiones de importancia, sino que a su vez servirían de cauce para solventar tal problemática. A mi juicio, otorgar una prórroga de aproximadamente cinco años sería positivo, si esta medida se articula en torno a la modificación de las líneas, para mejorar y optimizar la red, aunque tendría como elemento negativo demorar la solución definitiva de un problema de fondo. No otorgar dicha prórroga, igualmente entiendo que es una medida acertada, siempre que se arbitren, a tiempo, medidas que permitan fortalecer nuestro tejido empresarial y despegar toda serie de incertidumbres, ya que estas son muy perniciosas económicamente para cualquier sector. En todo caso, y como expongo reiteradamente en este documento, la cuestión de fondo y principal entiendo que no debe girar en torno a la materia de la prórroga, sino a la articulación de las medidas que se estimen pertinentes en orden a planificar una apertura concursal generalizada que de respuesta a las problemáticas planteadas y responda a los objetivos que igualmente significo en este estudio.

No obstante, debe resaltarse que lo que no puede ignorarse, por todas las razones expuestas, es la necesidad de adoptar la solución que se estime más idónea, pero sin excesivas demoras en el tiempo, razón por la que se estima que la medida que se expone a continuación (así como las enunciadas en el apartado V siguiente), aunque más limitativa en sus efectos con referencia a los problemas indicados que la detallada en el epígrafe antecedente, pudiera ser también ponderada. Desde esta perspectiva, cabe afirmar que, a mi juicio, la problemática existente no debería centrarse solamente, ni principalmente, en la posible prórroga o no de las actuales concesiones, sino en la necesidad de hacer un proceso ordenado y estable (planificación a medio plazo) en el supuesto de llegada de la apertura concursal general. Como en este documento se razona y pone de relieve, lo esencial es desarrollar una transición ordenada, en la que junto con la existencia de concurrencia, los actuales concesionarios tengan la oportunidad real de continuar en la explotación de las actuales concesiones. Esta transición adecuada y estable, precisa de la adopción de ciertas medidas de ordenación y administrativas, como las que se proponen en este documento, sin perjuicio de cualesquiera otras más fundadas. Todo ello constituiría una solución ecléctica de la problemática, de tono equilibrado en función de todos los valores a proteger.

La reciente Ley 29/2003, de 8 de octubre, por la que se modifica la LOTT, como más atrás se ha expuesto, introduce una nueva disposición adicional, que debe ser objeto de desarrollo reglamentario, por la que parece querer resolverse la cuestión principal debatida, mediante el otorgamiento de una específica puntuación a favor de las empresas que, respecto de las concesiones que explotan, hayan presentado y cumplido un

plan aprobado por la Administración, referido a la mejora de la calidad del servicio (a mi juicio, no debería referirse a los concursos, sino al Pliego Tipo de Bases regulador de los concursos, que en todo caso es preciso aprobar). Esta medida, sobre todo teniendo en consideración que se suma a la prevista en los arts.74.2 de la LOTT y 73.3 del ROTT (que se examinan a continuación), puede y debe ser bastante y definitiva para que los actuales concesionarios puedan continuar explotando las mismas concesiones una vez que éstas expiren por el vencimiento de los plazos. No obstante, y como se abunda en este documento, esta positiva medida introducida por la Ley 29/2003, no resuelve la problemática en todos los aspectos, ni la principal sobre la falta de reciprocidad en el ámbito de la UE, y debe ser completada como se razona en el repetido presente documento.

B) Desde otro punto de vista se puede proponer el afianzamiento de lo previsto en los arts.74.2 de la LOTT y 73.3 del ROTT, a cuyo tenor el concesionario que haya venido prestando el servicio en condiciones adecuadas (sin el nivel de sanciones máximo establecido a estos efectos), resulta el adjudicatario del concurso realizado respecto de la concesión que ha venido explotando, siempre que “la valoración de su oferta no difiera de la mejor de las restantes en más del 5% de la puntuación máxima posible”. Este afianzamiento, que puede reforzarse de distintas formas, significa el mantenimiento de los plazos de las actuales concesiones, con la consiguiente apertura de todos los concursos de las mismas, a partir de 2010, pero manteniendo como mínimo (sino mejorando) esta “relativa” valoración de las empresas prestatarias a los efectos de las adjudicaciones de tales concursos.

Esta posición no resuelve la problemática planteada en lo concerniente a la fundamental cuestión de la falta de reciprocidad con referencia al resto de los Estados de la UE, respecto de los que no parece pueda existir esta igualdad de oportunidades dentro de un horizonte como el que nos ocupa (2010-2012), con independencia de que se estime que estos preceptos legales deben mantenerse, o bien modificarse a mayor valoración de las empresas prestatarias de los servicios en “condiciones adecuadas”.

De otro lado, dos son las cuestiones que, respecto de este apartado, merecen ser objeto de análisis:

a) la normativa indicada no establece cuando se entiende que estamos ante un servicio o concesión objeto de concurso que, por su similitud con el anterior, deba ser objeto de este derecho. Así pues, cualquier cambio (itinerario, puntos de parada obligatoria, etc.), incluso de escasa entidad, introducido en el concurso con respecto al anterior servicio, conlleva que este derecho no pueda ser ejercitado, por tratarse de un concurso para la adjudicación de un servicio distinto. Es por ello que es necesario que, reglamentariamente, se desarrolle lo dispuesto en el art. 73.3 del ROTT, con criterios de amplitud en cuanto a la consideración que nos ocupa. Esta circunstancia es también de aplicación a lo previsto en la repetida Ley 29/2003, en lo concerniente a la medida establecida por la nueva disposición adicional novena de la LOTT, de modo que puede darse el supuesto de que empresas que hayan cumplimen-

tado su plan de calidad al efecto, no sean resarcidas por este derecho al no convocarse el concurso referido al servicio de que se trate.

b) si se mantiene la vigencia de estos preceptos, ello evidencia, acertadamente, una necesidad objetiva de servicio público de valoración, y consiguiente protección, de aquellas empresas concesionarias que han venido prestando su labor al sistema en condiciones adecuadas, lo que conlleva que no haya ningún vacío desde el término de la concesión hasta la adjudicación del “servicio similar”, para no perjudicar al usuario, por ausencia de explotación del servicio. Es por ello que también podría considerarse la procedencia de desarrollar la actual normativa, para adecuarla a las especificidades del sector más allá de las reglas generales sobre contratación administrativa (LCE), en el sentido de introducir que llegado el término de vencimiento de la concesión, el concesionario continuará explotando el servicio en las mismas condiciones hasta que exista nuevo adjudicatario, más allá del breve plazo de 12 meses a que se refiere el apdo. 3 del art. 72 LOTT, en su redacción dada por el R. D. Ley 4/2000. Ahora bien, como nada obliga a la Administración competente a concursar o no un servicio de esta naturaleza una vez expirado el plazo concesional (puede, además, según se ha expuesto, concursar un servicio casi idéntico pero no similar), inevitablemente se ha de producir una importante inseguridad empresarial, que puede evitarse mediante la pertinente medida de desarrollo normativo reglamentario (más adelante se trata de esta cuestión). No obstante, se estima que, salvo contadas excepciones que así lo aconsejen, deberían concursarse todos los actuales servicios, por cuanto que la introducción de excesivos cambios se estima que introduce un factor de inestabilidad contrario a los beneficios que una ordenación de carácter continuista conlleva.

En todo caso, ha de reiterarse que la posible aprobación de estas medidas, es independiente de la adopción o no de las medidas referentes a la ampliación de los plazos de las actuales concesiones, por tratarse de medidas que, aunque considero positivas dentro de la cuestión relativa a la problemática de que se trata (y pueden adoptarse junto o separadamente de las referidas a la ampliación de los plazos concesionales), son medidas cuya procedencia puede estimarse en cualquier clase de entorno. Es más, en el supuesto de que, finalmente, se decidiese no ampliar los actuales plazos de vencimiento de las concesiones, estimo que las medidas complementarias propuestas tienen valor antes de que se proceda a la “apertura concursal general”.

5. Otras cuestiones relevantes; medidas de carácter complementario

Existen otra serie de cuestiones, íntimamente relacionadas con la materia que nos ocupa, que deben ser objeto de examen, por cuanto que dentro de una concepción amplia de la problemática planteada, también podrían ser blanco de las pertinentes medidas normativas de ordenación, y ello con independencia de la cuestión relativa al acercamiento de los vencimientos de los plazos concesionales. Como he expuesto más atrás, es sobre estas cuestiones sobre las que entiendo debe girar el debate, para así lograr una eficaz planificación de la apertura concursal generalizada, des-

pegando incertidumbres y fortaleciendo, a tiempo, nuestro tejido empresarial, lo que a su vez impediría que afloren los factores negativos de desinversión y descapitalización social y económica apuntados en este documento. Estas cuestiones, principalmente, se refieren a:

1. Condiciones de las convocatorias de los concursos; resulta palmaria la problemática (e incluso caos) que se plantea en un escenario en el que la práctica totalidad de las concesiones vencen en prácticamente la misma fecha, por cuanto que, entre otras consideraciones resulta que, establecidas en el pliego tipo de bases el pertinente baremo del concurso, la empresa que “acierte” con mejor oferta resultaría adjudicataria de la casi totalidad de los servicios. Ello nos conduce a la conclusión de que en este proceso han de introducirse los mecanismos oportunos en orden a que, en su momento, este proceso no tenga estos negativos efectos. Es indudable que, dependiendo del contenido de dicho baremo, las empresas que han venido siendo prestatarias del servicio que se concurra, pueden o no optar con ciertas garantías a la adjudicación del servicio, por lo que podría propugnarse en este sentido un baremo que responda a los siguientes criterios: 1) posibilidad cierta de que la adjudicación sea a favor de empresa distinta del anterior concesionario, para que exista concurrencia real. 2) valoración de contenidos que primen las inversiones, cuestiones sociales, etc., referidos al servicio que se concurra, como forma de primar la eficaz gestión del anterior concesionario, extremos que se incluirían dentro de los efectos a que se refiere la repetida Ley 29/2003. 3) introducción de cautelas que desaconsejen a las sociedades sin experiencia en el sector, y de carácter, eminentemente especulativo, la presentación de ofertas. 4) necesidad de contar con las plantillas adecuadas (número, formación, etc.), capital social, disposición de medios (instalaciones fijas, material móvil, etc.). 5) en cuanto a las tarifas del servicio que se concurra, necesidad, en los supuestos en que se trate de una concesión que ha venido explotándose con anterioridad, que la horquilla de precios determinada por la Administración no reduzca las anteriores tarifas hasta tal punto que haga inviable la organización del anterior concesionario en orden a la presentación de su oferta, por el trauma de orden laboral-social que tal reducción conlleva.

Resulta, pues, determinante, el contenido de dicho pliego, de modo que puede afirmarse que si existiese un pliego tipo de estas características, aprobado oficialmente, la problemática existente mejoraría sensiblemente en sus negativos efectos, por cuanto que: 1) dotaría al sector de seguridad jurídica y empresarial en orden a la problemática que se avecina (ya expuesta) según se vayan acercando los términos concesionales. 2) resuelve la problemática derivada de la bondad de existencia de nuevos concursos. 3) abre la posibilidad cierta de entrada en los servicios que se concursan de empresas distintas del anterior concesionario. 4) otorga a los anteriores concesionarios posibilidades reales de continuación en la prestación del servicio. Sobre este apartado, reiterar también lo indicado más atrás, en su lugar, sobre la nueva disposición adicional novena de la LOTT, introducida por la Ley 29/2003, en el sentido de que el Pliego de Bases regulador de los concursos debe de contener los extremos referidos a la puntuación posible a obtener por las empresas que hayan cumplido los

respectivos planes de calidad, siendo obvio advertir que según la valoración que la Administración introduzca sobre este punto, bien puede resultar determinante en orden a la adjudicación del servicio a favor del mismo concesionario, bien ser incluso irrelevante.

En último término, puede resaltarse también, respecto de la aplicación del derecho derivado del art. 73.3 del ROTT, tantas veces mencionado, que dependiendo del contenido del pliego de bases (horquillas de los distintos conceptos a valorar), puede hacerse que este derecho sea también determinante de forma muy mayoritaria en orden a la adjudicación del servicio a favor de dicho anterior concesionario, o bien que sea un derecho sin efecto alguno, salvo en contados supuestos. Es por todo ello que sin la existencia de un Pliego de Bases Tipo regulador de los concursos, los derechos derivados de dicho art.73.3 ROTT, así como de la disposición adicional novena de la LOTT (introducida por la Ley 29/2003), son de efecto desconocido, lo que debe de remediarse, máxime una vez dictada la Ley 29/2003, a efectos de que las empresas puedan adoptar sus decisiones (presentación de los planes de calidad) con el mínimo “conocimiento de causa” y seguridad jurídica; para ello, no existe otra medida distinta que la aprobación de tal Pliego Tipo de Bases regulador de los concursos, que valore convenientemente los extremos contenidos en estas disposiciones.

Es por todo ello que podría estimarse como una medida procedente que la Administración competente elabore y apruebe, con la debida antelación, dicho pliego de condiciones, con arreglo a los criterios enunciados, u a otros de similares efectos, pues esta acción dotaría al sector de la estabilidad que precisa en el momento actual, según la problemática que se viene exponiendo.

En relación con esta misma temática, relativa a la convocatoria de los concursos, pudiera estudiarse la procedencia de implantar en este sector, en lo concerniente a la forma de adjudicación de los concursos, el sistema de “concurso restringido” (previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), que permite (no así en el sistema de “concurso”) que únicamente puedan presentarse u ofertar, aquellas empresas que cumplan todos los requisitos que al efecto se detallen (valoración de la experiencia, capital social, disposición de instalaciones adecuadas, etc.), lo que constituiría un factor de continuidad y estabilidad del sistema. La adopción de esta medida requeriría, a mi entender, a pesar de lo expuesto en el párrafo segundo del punto 1 del art.71 LOTT, de una norma de rango de Ley, o como mínimo, de un desarrollo reglamentario (Real Decreto/modificación del ROTT) de dicho precepto. En este sistema podría requerirse experiencia mínima en la prestación de similares servicios, lo que dejaría sin opción a muchas empresas extranjeras, así como a organizaciones o entidades ajenas (especulativas) al empresariado del sector. De otra parte, podrían exigirse unos requisitos elevados de capital social, infraestructuras y medios personales y técnicos, lo que reforzaría al sistema ya que únicamente podrían concursar empresas con los debidos parámetros de seguridad y calidad, así como posibilidades ciertas de inversión en nuevas tecnologías, formación, etc.

2. Existencia de frentes exclusivamente especulativos; ante un posible proceso de apertura general concursal de las actuales concesiones, debe evitarse la entrada de agentes extraempresariales del transporte, e incluso del propio sector del transporte, que acudan a los concursos con el verdadero único propósito de resultar adjudicatarios para inmediatamente después enajenar las acciones de la sociedad adjudicataria, ya al anterior concesionario, ya a otra empresa distinta de ésta. Como indiqué más atrás, a mi juicio no sólo se trata de despegar incertidumbres y fortalecer nuestro tejido empresarial, sino de impedir la entrada de “empresas de papel” y de frentes especulativos.

En este orden de cuestiones, merece llamarse la atención sobre el hecho de que la vigente normativa (LOTT y ROTT), exclusivamente se refiere a la transferencia de las concesiones en lo concerniente al cambio de titular (art. 94 ROTT), extremo que no tiene lugar cuando se enajenan simplemente las acciones (el titular continúa siendo la misma persona jurídica concesionaria del servicio). Con la finalidad de evitar este posible (y escandaloso) negocio, se estima que debe desarrollarse la actual normativa, en el sentido siguiente: 1) obligatoriedad de que cuando el adjudicatario no sea persona física, las acciones, desde el momento de la presentación de la oferta, sean nominativas, impidiéndose cualquier modificación del accionariado desde la fecha de presentación de ofertas, hasta que no haya transcurrido al menos 2/3 de la vigencia del plazo concesional, siendo este último extremo de igual aplicación a los supuestos de adjudicatarios personas físicas. 2) teniendo en cuenta que el empresario que enajena la prestación de un servicio de esta clase, lo hace respecto de un servicio público de la titularidad del Estado, otorgado en exclusiva, y con la finalidad de dotar al sistema de una organización empresarial estable con criterios de continuidad (con los efectos positivos de todo orden que ello conlleva), podría ser igualmente pertinente que, respecto de estas enajenaciones (ya de la venta de todas o parte de las acciones de la sociedad prestataria de la concesión, una vez alcanzado el plazo enunciado más atrás), lo siguiente: 1) que el comprador reúna al menos los mismos requisitos que dieron lugar al otorgamiento a favor del vendedor del contrato de concesión, pudiendo en consecuencia la Administración competente denegar la transmisión de que se trate. 2) que una parte importante del resultado económico de la venta revierta a favor de la Administración, ya que teniendo en consideración que la empresa adjudicataria de la concesión no ha abonado cantidad alguna por ella, esta clase de enajenaciones tienden a aparecer como un enriquecimiento injusto y desproporcionado.

Como todo el sector conoce, es precisamente desde algunos ámbitos que han enajenado sus concesiones, desde donde con mayor énfasis se manifiesta una postura contraria a la ampliación de los actuales plazos concesionales, seguramente para que llegada la “apertura general concursal” obtener nuevos títulos concesionales que enajenar. La historicidad de esta compra y venta de títulos concesionales es un dato que, a mi juicio, las Administraciones competentes deberían de valorar, no sólo en el sentido de impedir estos agentes especuladores, sino de apoyar en la medida de todo lo posible a aquellas empresas que han venido llevando a cabo

una política de reinversión de beneficios en el propio sector, acumulando así un mayor nivel de oferta.

3. Necesidad de planificación y de administración de un proceso ordenado; teniendo en consideración la problemática que plantea, por la coincidencia en la fecha de vencimiento de las concesiones, la apertura casi simultánea de centenares de concursos, podría adoptarse la medida que se expone a continuación, u alguna otra cuyo objeto vaya en similar dirección. Esta medida estriba en la posibilidad de actuar administrativamente de la siguiente forma: 1) la Administración competente, con un mínimo de antelación a tal horizonte de vencimiento de los plazos concesionales, elaboraría un estudio comprensivo de los servicios a concursar, así como de las condiciones de explotación de cada uno. Esta acción es indispensable, desde el ámbito de planificación general del sistema, y debe coordinarse con las CCAA. De este modo, además de hacerse con tiempo una correcta planificación, los actuales concesionarios conocerían con cierta antelación si las concesiones que explotan van o no a ser concursadas, así como las posibles modificaciones a introducir, significándose, a estos efectos, que en función de la amplitud o no de tales modificaciones, podría haber o no un número mucho mayor de concesiones del actual, lo que puede ponderarse. 2) inmediatamente después, la Administración competente concursaría estos servicios (no todavía vencidos), si bien la inauguración de los mismos no tendría lugar sino hasta el vencimiento de las anteriores concesiones. Con ello se obtendrían los siguientes beneficios: a.- no se producirían retrasos en la explotación de los servicios, computados a partir de los actuales términos concesionales. b.- el proceso general de concurrencia, al hacerse en un espacio más dilatado de tiempo, se desarrollaría en mejores condiciones de todo orden. c.- las empresas concesionarias actuales conocerían con antelación si van o no a continuar en la prestación del servicio, así como qué servicios son los que van a ocupar su labor en el futuro inmediato, pudiendo así llevar a cabo las tareas de reorganización que son imprescindibles. d.- las empresas que resulten nuevas adjudicatarias de servicios que no venían explotando, podrían igualmente preparar adecuadamente todos los medios para la mejor realización del servicio. e.- en los casos de cambio de concesionario, este plazo resultaría muy provechoso para que la empresa "saliente" y la "entrante", en negociación común, aprovecharan los medios y organización de la empresa que ha venido prestando el servicio (en especial, estabilidad del personal). f.- esta relación entre empresas "salientes" y "entrantes" provocaría la reducción del impacto económico negativo para las primeras, en tanto que la reducción de costes para las segundas, por el aprovechamiento de inversiones existentes necesarias.

Esta actuación requiere del pertinente desarrollo reglamentario, y se estima que su establecimiento podría redundar muy positivamente en un cambio ordenado y debidamente planificado, económicamente muy rentable y socialmente (plantillas de personal) muy beneficioso. De otro lado, con esta medida se dificultaría que cuando los plazos concesionales actualmente vigentes se vayan acercando a su término final, se produzca una venta generalizada de nuestro tejido empresarial (con los efectos negativos que ello conlleva), así como el proceso de desinversión ya enuncia-

do más atrás. En todo caso, es fácil colegir la situación caótica que derivaría de no establecer, a tiempo, las medidas precisas para la realización de una apertura general concursal cuyos servicios expiran sus plazos concesionales en un reducidísimo espacio de tiempo, razón por la que las medidas que se formulan, u otras similares, se entiende que son beneficiosas para todas las partes implicadas: Administración, trabajadores, usuarios y empresas. Respecto a las plantillas de trabajadores, y pese a que la doctrina jurisprudencial defiende que el nuevo concesionario habrá de responder de los trabajadores que desarrollen su labor en la concesión (y en las mismas condiciones laborales), no puede ocultarse las dificultades prácticas de cumplimiento efectivo de esta doctrina, por cuanto que: 1) existirán concesiones muy similares en su itinerario, pero no idénticas a las que hasta ahora se vienen explotando, con lo que puede apreciarse, a estos efectos, que este derecho no rige por tratarse de una concesión diferente. 2) incluso en los supuestos de identidad total, las condiciones tarifarias, etc., pueden ser tan distintas que hagan imposible el mantenimiento de la plantilla y/o de sus condiciones laborales. 3) por lo general, las empresas explotan más de un servicio regular, existiendo un núcleo considerable de trabajadores no conductores que no están adscritos al trabajo directo y exclusivo de una sola concesión. Es por todo ello que esta es una materia fundamental, de difícil solución práctica, a la que ha de darse solución íntegramente satisfactoria; en caso contrario, el panorama de lógicos conflictos y tensiones es fácil de prever, razón por la que el que suscribe entiende que la problemática expuesta en el presente documento debe ser también objeto de diálogo con las representaciones sindicales en conjunción con las representaciones empresariales. Es evidente que la protección del actual nivel de empleo, así como de sus condiciones laborales, constituye un elemento primordial a tener en consideración en torno a las soluciones y medidas que se arbitren, y, desde luego, en relación con la planificación de la apertura general concursal.

4. Eliminación de tramites administrativos innecesarios; resulta palmario que no debe mantenerse una gestión administrativa que, por la existencia de trámites innecesarios o que nada aportan previstos en la normativa, impidan que un simple cambio de expediciones, o incluso unificación, "solape", nueva parada, ampliación o hijuela, etc., tarden un año en poder otorgarse o denegarse. Es preciso modificar la actual normativa, de modo que cualquier modificación de la concesión, incluso de sus condiciones esenciales, se tramite con celeridad. Ello es positivo, tanto para la administración, cuando entienda que debe mejorar una concesión, como para las empresas y los usuarios. Sobre qué tramites podrían derogarse, o qué plazos acortarse, esta es una materia que aquí sólo cabe enunciar, sobre la que entiendo que existe unanimidad de entendimiento desde todos los ámbitos.

Como corolario de lo expuesto, reiterar que, con independencia de la cuestión relativa a la posible ampliación del plazo concesional, se considera que el conjunto de las medidas indicadas en este apartado, u otras similares, dotaría al sistema de la debida organización y estabilidad a corto, medio y largo plazo.

6. Conclusiones

De todo lo que antecede resulta, a modo de sucintas conclusiones, lo siguiente:

1. El sistema concesional debe mantenerse en su actual concepción de universalidad, sin un régimen de subvenciones o ayudas públicas, así como bajo la fórmula jurídica de concesión administrativa, con el requisito de exclusividad en la prestación de los servicios.

2. El tejido empresarial nacional precisa de un plazo, en orden a su modernización, que rebasa el del horizonte 2010-2012, precisando también, a corto plazo, del establecimiento de las medidas pertinentes en orden a reafianzar su confianza en lo concerniente a su continuidad.

3. Las CCAA deben ser consultadas sobre las medidas a desarrollar, actuándose coordinadamente con ellas, según resulte de la mayoría del consenso habido.

4. Hasta tanto no exista reciprocidad respecto del resto de los Estados de la UE, la apertura concursal de los actuales servicios plantea una problemática que no puede desconocerse.

5. Con independencia de la adopción o no de la medida general de ampliación de los plazos concesionales, es preciso adoptar, a tiempo, una serie de medidas que sirvan para organizar establemente el proceso de apertura concursal.

7. Consideraciones finales

Todo ello constituye, sin perjuicio de cualquier otro más fundamentado, ni de la posible complementariedad del expuesto con la asignación de cualesquiera otras medidas, un "Plan de defensa, potenciación y mejora del sistema concesional", que habiendo cumplido un servicio esencial a la economía y sociedad española a lo largo de su más de medio siglo de existencia, en el momento actual precisa urgentemente de importantes medidas, ya como las razonadas en el presente documento, ya de otras alternativas que se propongan. De otro lado, no puede omitirse que la trayectoria histórica de las actuales empresas concesionarias, que han venido prestando un innegable servicio a España, sin conflictos de clase alguna, sin ningún acento especulativo, con factores de orden socio-laboral muy positivos, y comunicando los miles de pueblos de la geografía española, sin un régimen generalizado de ayudas públicas, merecen en este momento de un reconocimiento en forma de decidido apoyo por parte de la Administración del Estado (como así se ha venido actuando) que, por todo lo expuesto, debe dotarlas de la oportunidad de pervivencia necesaria para afrontar en igualdad de condiciones que sus posibles competidores europeos los retos que se avecinan, dentro de un proceso inversor que redunde en pro de la economía y desarrollo nacional, así como de una mejora y optimización de la red que sea altamente provechosa a los ciu-

dadanos. El que suscribe tiene la plena confianza en que desde la Administración se establecerán a tiempo las medidas precisas para que no aflore ninguno de los elementos negativos expuestos en este documento, máxime teniendo en consideración la existencia en la Dirección General de Transportes por Carretera del M^o de Fomento, de un equipo gestor altamente cualificado y profesionalizado, que entiende en profundidad la materia, y que además siempre ha acreditado que el dialogo y el consenso entre todas las partes implicadas es la mejor forma de resolver los problemas con acierto y proyección positiva de futuro; serie provechoso, a mi juicio, en este orden de cuestiones, que desde el sector existiera una sola voz, o lo que es lo mismo, una unidad asociativa empresarial, según defendí (creo que con carácter de pionero) a partir de 1996, desde mi entonces responsabilidad de Director General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera. Es por ello que, si bien como he indicado más atrás y se refleja del contenido de este documento, no participo de una visión idílica sobre la realidad actual del sector, tampoco entiendo que exista ningún enfermo grave, significando mi optimismo por cuanto que no existe ningún motivo que permita dudar, sino todo lo contrario, de que la actual Administración de transportes sabrá establecer a tiempo las mejores medidas para proteger todos los elementos y factores que confluyen, coordinadamente con todas las partes interesadas, siendo a mi juicio relevante que todo ello se culmine con el mayor consenso posible.

Para finalizar, reiterar mi respeto hacia cualquier posición contraria a lo expuesto (ya en todo, ya en parte) en el presente texto, siempre que esté debidamente fundamentada y dé respuesta a los problemas existentes, sirviendo de potenciación del sistema y de modernización-fortalecimiento de nuestro sector y actual tejido empresarial, así como de reconocimiento del histórico servicio prestado por nuestras empresas, y defensa de las actuales plantillas de trabajo y de sus condiciones laborales; en todo caso, si este resumido estudio sirve para unir posturas y criterios y colaborar en la resolución de las actuales incertidumbres, llegando en plazo a las mejores actuaciones que la autoridad competente determine, o incluso solamente para resolver algunas de las cuestiones concretas de orden complementario expuestas, habrá cumplido su misión y/u objetivo.

8. Adenda

Relación de artículos publicados por el autor, en la materia del régimen jurídico de prestación de los servicios públicos regulares de transporte de viajeros por carretera:

- “Clases de transporte público internacional de viajeros por carretera” (Revista de Fenebus nº 59)
- “Régimen jurídico de los servicios públicos regulares de transporte de viajeros de carácter internacional” (Revistas de Fenebus nº 95 y Noticias de la UE nº 58)
- “Transporte internacional de viajeros por carretera de ámbito comunitario” (Revistas de Fenebus nº 116 y Noticias de la UE nº 102)

- “El sistema concesional de transporte público regular de viajeros permanente y de uso general” (Revistas de Fenebus nº 139 y de Asintra nº 88)
- “Presente y futuro del transporte público de viajeros por carretera” (Revistas Mundo Empresarial Europeo nº 23, Fenebus nº 144, Asintra nº 94, Viajeros nº 43 y Travelport nº 10)
- “Una política de modernización del transporte de viajeros por carretera” (Revistas de Fenebus nº 143, Asintra nº 93 y Viajeros nº 40)
- “La modernización del sector del transporte público de viajeros por carretera” (Revista Autobuses y Autocares nº 107)
- “La política común de transporte de viajeros por carretera: proceso histórico y situación actual” (Revista de Fenebus nº 145)
- “El Derecho de la competencia de aplicación al transporte público de viajeros por carretera” (Revista Tráfico y Seguridad Vial nº 14, Fenebus nº 147, Asintra nº 96 y Viajeros nºs 51 y 52)
- “Mejoras en el transporte de viajeros por carretera” (Revista Mundo Empresarial Europeo nº 33)
- “Transporte público de viajeros por carretera. Mejora del sistema concesional” (Revista de Fenebus nº 149)
- “El sistema concesional español, como modo de gestión de los servicios de transporte regular de viajeros por carretera versus el Proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “La intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable” (Revistas de Asintra nº 100 y Noticias de la UE nº 213)

FJ. CM - Septiembre de 2004

EL EQUIPAJE: CONCEPTO Y REGULACIÓN EN EL TRANSPORTE NACIONAL POR CARRETERA EN ESPAÑA

por

Enrique MAPELLI

Doctor y Profesor en Derecho

Del Cuerpo de la Inspección

Técnica del Transporte Terrestre

1. Concepto

Pese a la permanente cotidianeidad del transporte de equipaje, el concepto legal del mismo, tanto desde un punto de vista gramatical como legal -y este, a nuestros efectos, es el más importante- no aparece establecido con la necesaria precisión.

Ya en el "Libro del Consulado del Mar" (Costumbres y usos del mar) en su regla 28 se encuentran normas sobre el equipaje que está obligado a llevar el patrón a los mercaderes. Estas normas, en los momentos presentes, son una mera curiosidad histórica, si bien contribuyen al establecimiento del concepto del equipaje. "El patrón -dice el Libro del Consulado- está obligado a llevar a los mercaderes su cofre, su cama y el criado y equipaje que necesiten para el viaje, y darles puesto para dormir. Pero si diesen tan poco flete para el viaje a Acre, Alejandría, Armenia o hacia aquellas partes, no subiese de veinte besantes no estará obligado el patrón a llevarles gratis el cofre ni el criado ni el equipaje, ni ellos deben tener plaza de mercaderes".

Este histórico antecedente nos acerca a la conceptualización del equipaje en el sentido de que el mismo tiene relación directa con el viaje que realiza su propietario alejándolo de lo que pueda referirse a una expedición comercial o de mercaderías.

Gramaticalmente, la palabra equipaje deriva de equipo, que es el conjunto de ropas y otras cosas para uso personal de una persona. La Real Academia Española de la Lengua define equipaje como "conjunto de cosas que se llevan en los viajes". En esta definición se contiene el sustancial elemento de que los objetos integrantes del equipaje tengan relación directa con el viaje de su portador o propietario.

En relación al transporte por carretera es preciso citar el artículo 84 del Decreto de 9 Diciembre 1949 por el que se aprobó el Reglamento para aplicación de la Ley de 27 Diciembre 1947 sobre Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera. Dice así el precepto que, aunque sea obvio aclararlo, carece de vigencia en la actualidad: "Se comprende bajo la denominación de equipaje las prendas y efectos destinados al uso personal de los propios viajeros, así como los útiles y herramientas de su arte, profesión u oficio, bien se presenten en baules o maletas, bajo otras cubiertas cualquiera o a la vista sin embalaje alguno".

El artículo 23, en el párrafo 2º del inciso 2, de la Ley 29/2003 de 8 Octubre hace una expresa definición si bien -a efectos indemnizatorios- dice "A tal efecto se entiende por equipaje cualquier objeto o conjunto de objetos que, a petición del viajero, acompañen a éste durante el viaje a bordo de la bodega, la baca o remolque del mismo vehículo. Se entiende por encargo cualquier objeto que la empresa transportista se obliga a transportar por cuenta ajena a bordo del vehículo que realice el servicio de que se trate, cuando dicho objeto no guarde relación directa con ninguno de los viajeros que ocupan plaza en el mismo vehículo". Seguidamente, el propio precepto añade que "se entenderá por bulto de mano todo pequeño objeto destinado al abrigo, adorno o uso personal que un viajero lleva consigo durante el viaje a bordo del habitáculo del vehículo".

2. Relación directa con el viaje

En el art. 63,1,a) de la Ley 16/1987 de 30 Julio, conocida con las iniciales LOTT, al clasificar los transportes por razón de su objeto, define a los de los viajeros "cuando estén dedicados a realizar los desplazamiento de personas y sus equipajes en vehículos construídos y acondicionados para tal fin". De esta mera mención se deduce la naturaleza del equipaje intimamente ligado al pasajero y altera la concepción del transporte que, aun portando cosas -el equipaje- no deja de ser de viajeros y, por tanto, diferente a los transportes de mercancías y mixtos.

La que pudiera ser definición del equipaje de la Ley 29/2003 de 8 octubre, incompleta y poco acertada, establece que los objetos integrantes de equipajes deben acompañar al viajero ubicándose bien en la bodega, la baca o el remolque del vehículo. El precepto legal exige que el transporte del equipaje se haga "a petición del viajero". ¿Cabe pensar que la petición de transportar equipaje se haga por persona diferente al viajero?. Todo, ciertamente, puede ocurrir en la vida del transporte, pero la previsión no deja de ser curiosa. Más acertado hubiera sido lo que estimo indispensable y es que los objetos que se entregan como equipaje hagan relación con el desplazamiento de su propietario, es decir, apartando este transporte del de mercancías propio de una expedición mercantil.

Hualde Manso acertadamente se refiere a la "directa relación que ha de tener el equipaje con el viaje de la persona y el traslado coetáneo con ésta (que) permite, además, diferenciar el transporte de equipajes del de mercancías. El transporte de equipajes -añade- es una consecuencia del contrato de transporte del viajero y relacionado con él de manera directa; el transporte de mercancías presenta por el contrario una independencia funcional". Además -según Hualde- "el transporte de equipaje en cuanto a los objetos que han de integrarlo, se encuentra estrictamente restringido, ya que sólo pueden serlo cosas relacionadas con el viajero a quien pertenece; la mercancía puede estar constituida por cualquier objeto lícito de comercio...".

A tal efecto debe recordarse al anteriormente citado Reglamento de 1949 -derogado- en el que se exigía que el equipaje contuviese tan solo "las prendas y efectos destinados al uso personal de los propios viajeros, así como los útiles y herramientas de su arte, profesión u oficio". Esta importante restricción no aparece en la definición que proporciona la Ley de 2003 y que parecería de carácter fundamental.

La Ley de 2003 define también los denominados "encargos" como cualquier objeto que la empresa transportista se obliga a transportar por cuenta ajena a bordo del vehículo que realice el servicio de que se trate, cuando dicho objeto no guarde relación directa con ninguno de los viajeros que ocupen plaza en el mismo vehículo". Sánchez Gaborino alude a que el transportista de mercancías se viene enfrentando al problema de las empresas de autobuses que ofrecen al público, y realizan, servicios de transporte de "paquetería", y no solo de "encargo", que es lo único que la legislación les permite acarrerar". Mas bien, a veces, puede tratarse de una cuestión terminológica no siendo fácil, en la realidad práctica, establecer las fronteras entre "encargo" y "paquetería".

El legislador, en el propio artículo 32 de la Ley de 2003, establece que "la vigilancia de los bultos de mano corresponderá al viajero al que acompañan y, en consecuencia, serán de su cuenta los daños que estos puedan sufrir mientras se encuentren a bordo del vehículo, salvo que pruebe la responsabilidad de la empresa transportista..." A la vista de ello puede establecerse una clasificación dentro del concepto "equipaje": a) los objetos que se entregan al transportista para que viajen en la bodega, la baca o remolque del vehículo en que viaje el pasajero; y b) los bultos de mano cuya vigilancia conserva el pasajero "tratándose de todo pequeño objeto destinado al abrigo, adorno o uso personal que un viajero lleve consigo durante el viaje a bordo del habitáculo del vehículo". Esta subclasificación tiene efectos trascendentales en relación con la responsabilidad que, en su caso, pueda atribuirse a la empresa transportista.

3. Identidad del equipaje

De acuerdo con lo que precedentemente ha quedado expuesto, los principios concernientes al equipaje pueden ser establecidos con arreglo a las siguientes normas:

a) El equipaje puede estar protegido por cualquier clase de envoltura o protección, siempre que ellas sean aptas para su transporte en el vehículo correspondiente (maletas, bolsos, baúles, cajas, cestas, etc.)

b) No podrán transportarse como equipajes aquellos objetos que por su naturaleza puedan resultar peligrosos, molestos o inadecuados por su tamaño y peso, sea para el propio transporte como para los restantes ocupantes del vehículo.

c) El equipaje no debe integrarse por objetos constitutivos de una expedición mercantil (mercaderías destinadas al comercio)

d) Los objetos contenidos en el equipaje deben guardar una relación directa con el desplazamiento de la persona (abrigo, vestido, estudio, aseo, trabajo, obsequios, recuerdos, etc.)

e) El equipaje debe viajar en el mismo vehículo que su propietario. Tan solo excepcionalmente y en caso absolutamente justificado podrán viajar en vehículo diferente (errores en la carga o acondicionamiento, falta de capacidad con el debido concierto entre transportista y viajero, etc.)

f) El equipaje puede ser entregado al transportista para que lo acondicione en la bodega, baca o remolque, según corresponda, o permanecer bajo la custodia de su propietario, en cuyo caso se conceptuarán como "bultos de mano".

4. Responsabilidades

Me refiero seguidamente a la responsabilidad civil, es decir, a la que nace como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de transporte entre viajero y transportista. Esta responsabilidad nace, en el caso de los equipajes, como consecuencia de su pérdida, averías o retrasos que sean imputables al transportista, y es compatible, en su caso, con la responsabilidad administrativa que será dilucidada por los órganos competentes de la Administración.

La limitación de la responsabilidad del transportista por incumplimiento de su obligación contractual constituye una larga tradición legislativa, tanto en el transporte nacional como internacional y tanto en lo referente al transporte de cosas -mercancías y equipajes- como en el transporte de personas. Esta limitación de responsabilidad ofrece cada vez una contestación más acusada en la doctrina jurídica tendente a la aplicación de los principios generales de responsabilidad sin que sean aceptables limitaciones en favor del transportista. Basta recordar el artículo 1101 del Código Civil que dice: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquéllas".

No obstante, cabe anotar que, en el transporte aéreo, la más moderna regulación concluye con la anterior limitación en cuanto al transporte aéreo de personas si bien manteniéndola respecto del transporte de equipajes.

La vigilancia y custodia de los bultos de mano que, según ha quedado establecida, forma parte del equipaje del viajero, corresponde a éste. En consecuencia -dice la Ley- serán de su cuenta los daños que puedan sufrir mientras "se encuentran a bordo del vehículo". No se entiende bien la razón de que esta irresponsabilidad del transportista se limite a los daños que se produzcan cuando los objetos se encuentran a bordo. Los bultos de mano pueden sufrir daños durante la operación de embarque y desembarque, siempre bajo la vigilancia de sus propietarios y no encontrándose a bordo del vehículo.

El viajero, en ciertos casos, podrá probar la imputabilidad de los daños padecidos por sus bultos de mano al transportista, aunque se encuentren bajo su vigilancia. Puede pensarse en un siniestro total del vehículo y de sus ocupantes.

En todo caso -dice la Ley de 2003- se considerará responsable a la empresa transportista de la posible pérdida o deterioro de los bultos de mano (quehaya) ocurrido en algún momento en que, con ocasión de un parada, todos los ocupantes hubieran abandonado el vehículo sin que, inmediatamente después, el conductor hubiera cerrado las puertas de acceso al mismo.

En los casos en que se imputa responsabilidad al transportista por las pérdidas o averías que sufran los equipajes ésta quedará limitada como máximo a 14,50 euros por kilogramo.

Problema práctico de especial gravedad se presenta para establecer el peso del equipaje que, ni es objeto de documentación ni pesaje. La prueba a la que queda sometido el pasajero dañado en cuanto a ello puede, en no pocos casos, quedar sometida a la comprensión del transportista. Los límites expresados no serán aplicables en los casos en que concurra dolo por parte del transportista o de sus agentes en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas admitiendo la Ley la libertad contractual ya que, entre viajero y empresa, pueden pactarse condiciones que alteren los límites de responsabilidad y subsanen las dificultades anotadas sobre el peso del equipaje.

RÉGIMEN JURIDICO DEL TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA EN FRANCIA

por

Dr. Jean-Luc FIOUX

Abogado ante el Tribunal Supremo

Especialista en Derecho del Transporte

(París)

La normativa francesa sobre el transporte de viajeros por carretera nace de las consecuencias de la I Guerra Mundial.

El Derecho Romano apenas se había preocupado de lo que entonces eran unos aventureros que trasladaban contra remuneración a las personas y sus efectos, pero los jurisperitos, que no sabían dónde clasificar esta actividad tan inquietante, la habían asimilado a la de los posaderos (individuos de la peor calaña en el mundo económico romano).

El Código Civil francés de 1804 retomó esa asimilación, que aún está en vigor, en su art. 1782; en realidad, dedica muy pocos artículos a los «transportistas por tierra» y otros «empresarios de la rodadura pública» (Código Civil: arts. 1782 a 1786).

Hasta el año 2000, el Código de Comercio todavía hablaba de «Jefes de diligencias».

En cuanto a reglamentación, hasta finales del I Conflicto Mundial apenas existía otro texto que el Decreto de 30 Mayo 1851 sobre policía en la circulación rodada, que daría lugar al Código de la Circulación.

Pero, entre 1914 y 1918 se produjeron dos grandes eventos de progreso, debidos a la guerra:

-El enemigo destruyó las infraestructuras ferroviarias, hasta entonces en manos privadas, existentes en el Este y en el Norte del país;

-Francia, después de los taxis del Marne, desarrolló considerablemente su capacidad automovilística para hacer llegar las tropas al frente.

Tras la victoria en 1918, el Estado se vió obligado a invertir en la reconstrucción de los ferrocarriles destruidos, lo cual no era posible solo con capital privado.

Al mismo tiempo, el Estado tuvo que hacer frente a una competencia feroz entre los empresarios que utilizaban el nuevo modo de transporte, desarrollado durante la guerra: el automóvil; por ello mismo sus inversiones en el ferrocarril ya no pudieron ser rentabilizadas.

La crisis de 1929 hizo dramática una situación que ya era muy difícil.

El Estado francés reaccionó brutalmente promulgando el Decreto-ley de 19 Abril 1934, llamado de ordenación. Detuvo la concurrencia en la carretera prohibiendo la creación de toda nueva empresa, de cualquier nuevo servicio de transporte por carretera; paralelamente, reunió en 1937 sus participaciones financieras en el ferrocarril y lo nacionalizó, creando la Sociedad Nacional de Ferrocarriles («Société Nationale des Chemins de Fer» -SNCF-), dotada del casi monopolio sobre el modo ferroviario.

Pero el Estado tuvo que aceptar humildemente que ninguna ley ni reglamento, incluso dotado de las sanciones más severas, podía parar el desarrollo técnico y económico; la ley sería desde un principio soslayada y el transporte por carretera no dejaría de crecer en la anarquía.

Con la II Guerra Mundial, las mismas causas produjeron los mismos efectos; tras la liberación, nuevamente los Poderes públicos intentaron suprimir todo progreso del transporte por carretera, que pudiera hacer competencia al ferrocarril: ese sería el objetivo del Decreto nº 49-1473 de 14 Noviembre 1949, todavía en vigor en la zona de Ile de France.

A partir de 1949, en el conjunto del territorio francés, sólo las empresas de transporte por carretera que actuaban legalmente antes de Noviembre 1949 pudieron seguir ejerciendo su actividad y ello, sólo en las líneas respectivamente registradas, aunque, eso sí, sin límite de tiempo.

Incluso si «antes de que se secara la tinta» del Decreto de 1949 los transportistas ya empezaban a soslayar sus disposiciones, el Estado quiso seguir teniendo el poder sobre los servicios de transporte regular de viajeros, siendo su instrumento los planes de transporte, que él controlaba –y continúa controlando en Ile de France-.

Aunque eso suponía actuar sin contar con Europa, y sobre todo sin el mercado, verdadero dueño y señor de toda actividad empresarial.

Desde principios de los años 80, Francia estaba obligada a abandonar progresivamente la economía dirigida; la llegada al poder en 1981 de una legislatura socialista –incluso comunista- nada cambió al respecto.

Con las leyes de descentralización de 1982, las competencias del Estado debieron ser gradualmente transferidas a las entidades locales, que fueron quienes establecieron los contratos de derecho privado directamente con las empresas.

En el ámbito de los transportes, la Ley de ordenación («orientation») de los transportes interiores de 30 Diciembre 1982 –en acrónimo, «LOTI»-, propuesta por un ministro comunista, equivalente a la «LOTT» española, transfiere a las colectividades territoriales locales la organización del transporte de personas mediante líneas regulares.

Pero, en el último momento, el coste de esas transferencias fue considerado excesivo para París y en concreto para la zona parisiense

llamada Région Ile-de-France (RIF), donde la mayoría de las colectividades territoriales optaron por una política de derechas; la legislatura de izquierdas no quiso dejarles ese formidable instrumento de propaganda electoral que es la creación de líneas regulares de transporte de viajeros.

El art. 46 de la LOTI suspendió entonces la aplicación de la Ley a los transportes de personas que se desarrollaran en Ile-de-France; en consecuencia, el Decreto de 14 Noviembre 1949, así como los textos normativos concernientes a la organización de los transportes escolares de 1965 y 1973, que procedían de aquél, siguieron en vigor. La región parisina guarda, pues, un estatuto especial que, si bien pudo haberse concebido durante el periodo de reconstrucción nacional tras la Guerra, hoy ha quedado totalmente obsoleto y no se adapta al mercado, ni desde luego al mercado único de la Unión Europea.

La normativa europea mermó sin cesar ese estatuto, ya que se aplica sobre el conjunto del territorio de los estados de la Unión; las particularidades de Ile-de-France disminuyeron constantemente, pero dicho Decreto sigue en vigor y obliga a la Jurisdicción contencioso-administrativa a conservar dicho estatuto de la RIF, pese a serle aplicados los reglamentos comunitarios y las leyes nacionales que trasponen sus directivas, en un verdadero “número de equilibrio”.

Ultima por su fecha, la Ley nº 2001-43 de 16 Enero 2001 «conteniendo diversas disposiciones de adaptación al Derecho comunitario en el ámbito de los transportes» lleva a cabo, en materia de servicios discrecionales, una cierta armonización de la legislación entre la región Ile-de-France y el resto del territorio nacional, con la supresión de las condiciones de autorización para los servicios discrecionales, lo que conduce a que por ejemplo un transportista español pueda efectuar servicios discrecionales en la región Ile-de-France, mientras que no puede hacerlos un transportista francés de un departamento vecino a dicha región.

El sistema dualista aún persiste, incluso si sus días están contados, y por ahora hay que seguir distinguiendo la región Ile-de-France, donde un transportista de la Unión Europea –español, o de otro país- no puede ser titular de una línea regular de autobuses, del resto del país –zona LOTI-, donde el mercado único de la UE le ha abierto las puertas.

Solo algunos organismos centrales son comunes.

1. Organismos que dirigen la reglamentación del transporte de viajeros.

1.1 Organismos del Estado

El Ministerio encargado de los transportes (en el momento actual, con la extensa denominación de «Ministère de l'Équipement, des Transports et de l'aménagement du Territoire, du Tourisme et de la Mer»,

con su Secretario de Estado de Transportes y del Mar, y más particularmente la Dirección de Transportes Terrestres (DTT).

El Ministerio es asistido por un Órgano consultivo: el Consejo Nacional de Transportes o CNT, consultado por el ministro sobre todas las cuestiones relativas a la elaboración y puesta en vigor de la política de transportes en el ámbito de competencia del Estado, así como sobre las cuestiones relativas a los transportes internacionales, especialmente europeos.

El CNT comprende diversas secciones, entre ellas una comisión de transporte de viajeros, cuyos miembros son nombrados por tres años entre transportistas, usuarios del transporte y personalidades del mundo del transporte, y una comisión de sanciones administrativas, que estudia las apelaciones de las comisiones de sanciones administrativas regionales.

1.2 Organismos del Estado desconcentrados

De hecho, los verdaderos responsables de la reglamentación de transportes son los servicios delegados del Ministerio en las regiones y departamentos: las direcciones regionales y departamentales de Equipamiento –DRE y DDE-, que constituyen los interlocutores naturales de los transportistas, especialmente para:

- la inscripción de las empresas
- el otorgamiento de autorizaciones de transporte discrecional,
- el control en la aplicación de la reglamentación, etc.

Las provincias deben ser distinguidas de la región Ile-de-France

En las provincias (espacio LOTI), la organización de los servicios regulares urbanos, departamentales y regionales, incluidos los transportes escolares, se encuentra hoy confiado a las colectividades territoriales, llamadas por ello «autoridades organizadoras»

Estas son asistidas por comités salidos del antiguo sistema, donde el Estado era muy poderoso y que actualmente no tienen más que una función consultiva muy secundaria: los llamados Comités regionales y departamentales de transporte –CRT y CDT-.

Los CRT conservan un papel en materia de sanciones administrativas.

Los CDT, cuyas atribuciones eran ya reducidas, prácticamente ya no funcionan.

En la región Ile-de-France (Decreto de 1949), las antiguas competencias del Estado siguen vigentes. La organización de los transportes permanece de competencia del Estado, con reparto de las mismas entre el «Syndicat des transports d'Ile-de-France» -en lo sucesivo, por

su acrónimo «STIF»-, dominado por el Estado, que queda como pivote central (líneas regulares) y las Direcciones Departamentales del Equipamiento –DDE-, Direcciones desconcentradas del Ministerio encargado de los transportes (servicios discrecionales y servicios de uso especial para escolares).

En materia de servicios regulares, el STIF fija los tráficos a atender, define el modo técnico de ejecutar tales servicios, las condiciones generales de explotación y las tarifas. Sus explotadores son las empresas inscritas en el plan.

Junto al STIF, subsisten los Comités Técnicos Departamentales de Transportes –CTDT-, que continúan ejerciendo ciertas competencias, especialmente en materia de sanciones administrativas.

Para París y los tres departamentos limítrofes que forman su corona, los CTDT han sido sustituidos por un Comité Técnico Interdepartamental de Transportes –CTIT-.

1.3 Los medios de la política reglamentaria: Registro, planes y esquemas

- Registro

Un registro de empresas de transporte público por carretera es llevado en cada departamento, tanto en Ile-de-France como en las provincias.

La inscripción de las empresas en este registro es obligatoria para poder ejercer la actividad de transporte público de viajeros, sea cual sea la clase de servicio a realizar.

- Planes

Existen planes de transporte (un plan regional y otro por cada departamento).

Cada empresa debe inscribir en esos planes cada uno de los servicios regulares que efectúa, aunque también a este respecto la situación es diferente en Ile-de-France y en el resto de las provincias.

* En provincias, sólo existe plan para los servicios regulares; la inscripción en ese plan constituye una simple medida administrativa, el elemento esencial para la explotación de un servicio regular es la firma de un contrato con la autoridad organizadora.

En la región Ile-de-France, al contrario, existen dos planes: uno para los servicios regulares de uso general, llevado por el STIF, y otro para los servicios escolares y discrecionales, llevado por las Direcciones Departamentales del Equipamiento –DDE-.

La inscripción en estos planes constituye condición necesaria para la explotación de todas estas clases de servicios.

- *Esquemas*

Los esquemas -«schémas»- departamentales y regionales de transportes son elaborados por las autoridades organizadoras, solas o en cooperación; son documentos de síntesis y de previsión, sin carácter vinculante para las empresas.

2. La reglamentación de las diferentes formas de transporte

Dentro de los transportes públicos, cabe distinguir entre los urbanos, que se realizan en el interior del perímetro municipal (ayuntamiento o grupo de ayuntamientos), y los transportes no urbanos, que proceden en general del Departamento.

2.1 Transportes Urbanos

El perímetro de los transportes urbanos comprende el territorio de un ayuntamiento -«commune»- o el ámbito de competencia de una entidad pública (unión de ayuntamientos) que haya recibido la misión de organizar los transportes públicos de viajeros.

Su creación es «constatada» por una resolución del Prefecto.

Esta resolución delimita la zona de competencia de la autoridad organizadora urbana, zona que se confunde con aquella en que es recaudado el impuesto a las empresas transportistas para financiar el desarrollo de los transportes colectivos, del cual los asalariados se benefician en todo o en parte; es la perspectiva de la recaudación de este impuesto, de montante elevado, lo que motiva generalmente a los ayuntamientos a crear un perímetro de transporte urbano.

Una vez creado el perímetro urbano, queda reservado el tráfico local dentro del mismo a las empresas que tengan suscrito un contrato con la autoridad organizadora, y prohibido a las demás. Estas últimas pueden penetrar en el perímetro, pero sólo para dejar a los viajeros en el punto terminal de sus líneas, no pudiendo después efectuar tráficos en su interior.

La constitución o la modificación de un perímetro requiere informe del Consejo General del Departamento (o el de varios Consejos, si el perímetro se extiende sobre el territorio de más de un Departamento).

El Prefecto sin embargo tiene muy en cuenta que toda creación de perímetros urbanos conlleva en principio una disminución de importancia de las líneas del Departamento, y nuevas limitaciones para las empresas que las explotan; por eso su informe suele ser desfavorable.

2.2 Transportes públicos no urbanos (interurbanos)

Los transportes públicos no urbanos se definen negativamente como aquellos servicios que no se inscriben enteramente en un perímetro de

transporte urbano, o como los servicios en los cuales al menos uno de sus puntos terminales está situado fuera de dicho perímetro. Se subdividen en servicios regulares y servicios discrecionales.

a) Los servicios regulares

Los servicios regulares se definen como:

- * ofertados por asiento individual;
- * aquellos cuyo itinerario, puntos de parada, frecuencias, horarios y tarifas están previamente fijados y publicados;
- * pueden ser bien ordinarios –SRO- es decir, de uso general, o bien especiales, o sea, a usar por una categoría concreta de personas, por ejemplo minusválidos, aunque los más habituales son los de transporte escolar («services à titre principal scolaires») -SATPS-.

i) En Provincias

Solo los servicios regulares de interés nacional quedan de competencia del Estado; son estatales, por tanto, aquellos que no son ni departamentales, ni regionales, o que trascienden los límites de una sola región. Existen muy pocos de esta clase.

De competencia de la región

Los servicios regulares de interés regional son los inscritos en el plan regional, que conciernen al menos dos departamentos de una misma región.

De competencia del departamento

El nivel departamental constituye en realidad el más común.

El departamento puede delegar, mediante convenio, una parte de sus competencias en materia de transportes a ayuntamientos o a agrupaciones de ayuntamientos, a petición de aquéllos o éstas, para la organización de servicios regulares.

Departamentos, Regiones, Ayuntamientos y Agrupaciones de ayuntamientos se denominan «autoridades organizadoras de transporte» -AO-.

Las Autoridades organizadoras son concretamente:

- Autoridades organizadoras de 1er rango o de pleno derecho (AO 1):

- Los departamentos
- Los ayuntamientos
- Las agrupaciones de ayuntamientos: asociaciones («syndicat de communes») de finalidad única o múltiple (SIVOM), comunidades urbanas, comunidades de ayuntamientos, de aglomeraciones, frecuentemente llamadas «intercommunalité».

Estas Autoridades organizadoras tratan con los transportistas de viajeros, bien directamente, bien por medio de autoridades organizadoras de 2º rango.

Para hacerlo, convocan concursos ajustados al Código de los contratos públicos («Code des marchés publics»), o para la delegación de servicios públicos, ajustados al Código de las colectividades territoriales («Code des collectivités territoriales»).

Es posible para una empresa transportista establecida en cualquier país de la Unión Europea acudir a estos concursos, e incluso ganarlos, como ha hecho una empresa española en Perpignan.

- Autoridades organizadoras de 2º rango (AO 2)

Para los transportes escolares, la Ley de 22 Julio 1983 prevé la posibilidad de delegación a las Autoridades organizadoras llamadas de 2º rango: ayuntamientos o agrupaciones de ayuntamientos, pero también asociaciones («syndicats») mixtas, establecimientos de enseñanza, asociaciones de padres de alumnos y asociaciones familiares.

Son entonces tales interlocutores quienes contratan con los transportistas, habiendo previamente firmado un convenio de delegación entre la autoridad organizadora de primer rango -AO1- y la de segundo rango -AO2-.

Los servicios regulares convenidos son inscritos en el plan departamental de transportes.

La explotación de un servicio regular sólo puede autorizarse de dos maneras:

- por una entidad pública («en régie»), bajo forma de servicio público industrial y comercial o de una concesión dotada de autonomía financiera;

- por una empresa privada que haya suscrito un convenio de duración determinada con la autoridad de la colectividad local competente.

Existe una categoría de «transportes regulares a la demanda» que sirven una línea regular, pero cuyas frecuencias y paradas dependen del requerimiento de las personas que deseen utilizarlos.

ii) Región Ile-de-France

- Intervención permanente del Estado

El sistema de convenio por las autoridades organizadoras competentes no se aplica a la Ile-de-France.

El STIF, donde el Estado es mayoritario, crea y organiza directamente los servicios regulares, con inscripción en un plan o convenio-tipo. Una empresa de la Ile-de-France sólo puede prestar tales servicios si está inscrita en el plan.

Pero, en teoría, solo los transportistas que ejerciendo su actividad antes de 1949 están inscritos en el plan de transporte después de esa fecha pueden trabajar en las líneas ya existentes e inscritas en el plan en dicha época. Por eso ciertos transportistas hablan de estos derechos de explotación como «patrimoniales», aunque el Tribunal Supremo se refiera a ellos como «autorizaciones».

En caso de supresión de un servicio regular inscrito en un plan, o de una modificación de actividad impuesta o de una prohibición de tráfico local, correspondería una importante indemnización al transportista que las haya sufrido.

Este sistema arcaico queda en la práctica suavizado mediante convenios de subvención firmados con las colectividades locales, sin los cuales el transportista vería en peligro el equilibrio financiero de su línea.

- Las nuevas formas de convenios extra-reglamentarios

Una colectividad territorial puede intervenir subvencionando un servicio aprobando un contrato que fije las obligaciones impuestas a la empresa transportista además de las ya marcadas por el reglamento de explotación. El servicio queda entonces inscrito en el plan conjuntamente a nombre de la colectividad y del transportista.

-El caso particular de los transportes escolares.

El Decreto de 4 Mayo 1973 organiza estos transportes escolares, distinguiendo entre los «servicios especiales escolares» y los servicios regulares de uso general que pueden transportar a estudiantes. Los servicios son inscritos en un plan de servicios escolares y de servicios discrecionales llevado por las Direcciones Departamentales del Equipamiento.

Los proyectos de creación de servicios son objeto de concurso (publicación por la Prefectura) indicando todos sus parámetros. A igualdad de calidad y precios, se da derecho de preferencia a la empresa que se ocupa del servicio regular o urbano en la región Ile-de-France.

El STIF concede delegación a los Prefectos de los departamentos de la RIF para autorizar los servicios especiales escolares. Los Prefectos fijan las tarifas. En caso de concurso desierto, el propio Prefecto puede autorizar al organizador a actuar mediante mutuo acuerdo o a explotar él mismo.

Los titulares de servicios escolares disfrutan de una permanente autorización de la misma duración que les permite efectuar servicios discrecionales “periescolares”, es decir, vinculados a la actividad del establecimiento de enseñanza, distintas al estricto traslado diario de

los alumnos (por ejemplo, transportes a estadios deportivos, piscinas, colonias de vacaciones, etc).

b) Los servicios discrecionales

Los servicios discrecionales tienen un objetivo concreto y carecen de puntos de parada fijos. Generalmente presentan interés turístico, aunque no siempre (por ejemplo, transporte de niños al comedor escolar o a actividades deportivas).

Los servicios discrecionales se diferencian de todos los demás servicios de transporte en la medida en que no presentan regularidad.

Dentro de ellos, se puede distinguir:

-Circuitos por asiento, en que cada plaza es vendida individualmente, y que devuelven a los viajeros a su punto de origen, salvo disposiciones especiales. El caso típico sería una excursión a un lugar turístico.

-Servicios colectivos, que se caracterizan por la puesta de un vehículo completo a disposición exclusiva de un grupo de al menos dos personas, o de varios grupos de al menos en total diez personas, con prohibición de tomar clientes en la vía pública a fin de evitar concurrencia indebida a los taxis.

c) Los servicios turísticos

Los servicios turísticos son discrecionales, cuando no son vendidos junto con otras prestaciones. En cambio, quedan sujetos al Derecho del turismo cuando el transportista ofrece también alojamiento, restauración o entrada a espectáculos. Sólo los empresarios de autocar con habilitación para actuar en turismo pueden vender esa clase de paquetes todo incluido, utilizando vehículos «clasificados», y con una garantía financiera y una capacitación profesional específicas.

3. Obligaciones impuestas al transportista

3.1 Inscripción en el Registro

Toda empresa establecida en Francia que quiera ejercer una actividad de transporte público de viajeros, tanto en Ile-de-France como en cualquier otra parte del territorio, tiene que estar inscrita, no sólo en el Registro Mercantil (como cualquier otra empresa), sino también en un registro administrativo concreto, llamado «Registro de empresas de transporte público de viajeros por carretera».

El incumplimiento de esta obligación constituye un delito castigado con un año de prisión y 15.000 € de multa.

Las otras obligaciones tienden a armonizarse en el conjunto de los países miembros de la Unión Europea, y el régimen francés cada vez resulta menos original.

La Directiva del Consejo nº 96/26 de 29 Abril 1996, modificada por la Directiva nº 98/76 de 1 Octubre 1998 armoniza las reglamentos europeas.

3.2 Licencias de transporte

La Ley francesa de 18 Junio 1999, que introduce en Francia las Directivas europeas, prevé que «sobre el territorio nacional, las actividades de transporte público de personas por carretera... se efectuarán al amparo de una licencia de transporte interior o de una licencia comunitaria» (LOTI art. 36)

Se prevén dos únicas excepciones a esa regla:

Pueden actuar con una simple licencia de transporte interior:

- Las empresas que posean un solo vehículo afecto al transporte público de personas por carretera «y cuya actividad sea accesoria de una actividad principal distinta al transporte público de personas por carretera». Esta derogación ha sido establecida para permitir resolver ciertos problemas de desplazamientos en las zonas rurales desprovistas de empresas de transporte.

- Las colectividades públicas cuando efectúan transportes sin fines comerciales.

Condiciones requeridas para la inscripción

El solicitante de inscripción debe justificar:

- su capacitación para el ejercicio de la profesión;
- su honorabilidad; y
- su capacidad financiera.

a) Capacitación para el ejercicio de la profesión

La condición de capacitación profesional debe ser cumplida por la persona que asuma la dirección permanente y efectiva de la empresa, o en su caso (si la empresa se dedica a varios sectores), la actividad del transporte de viajeros. Así por ejemplo, este requisito puede ser satisfecho por un empleado establecido en Francia, mientras que el jefe de la empresa dirige el conjunto de sus actividades desde otro Estado, por ejemplo desde España. Pero debe tratarse de una persona con autonomía suficiente, de hecho y de derecho, asumiendo las propias responsabilidades tanto a nivel comercial como sobre el plan de explotación técnica y la gestión del personal.

La condición de dirección permanente y efectiva sólo se cumple si el empleado se encuentra habilitado para representar a la empresa en los actos esenciales de la vida societaria, y recibe una remuneración acorde con las funciones que asume.

Para los residentes españoles, como para los de los demás estados de la Unión Europea, basta aportar como prueba de esta capacitación profesional una certificación emitida por la Autoridad designada al efecto por España (Decreto francés nº 93-609, de 25 Marzo 1993).

b) Honorabilidad

El concepto de honorabilidad, a efecto de transportes, está en Francia determinado por el art. 6 del Decreto nº 85-891, de 16 Agosto 1985. El requisito de honorabilidad debe ser cumplido por la persona que asuma la dirección permanente y efectiva de la empresa, o dentro de ella (si la empresa se dedica a varios sectores), de la actividad de transporte.

Para los residentes en España, como para los de otros países de la Unión Europea, basta presentar un documento emitido por la Autoridad judicial o administrativa competente acreditando que satisfacen la condición de honorabilidad tal como está definida por la Directiva nº 96/26, de 29 Abril 1996. Ese documento tiene una validez máxima de tres años (Decreto nº 93-609, de 25 Marzo 1993).

c) Capacidad financiera

La empresa cumple la condición de capacidad financiera cuando dispone de capital y de reservas o garantías de un importe total de al menos:

- 1 500 € por cada vehículo de capacidad no mayor a 9 plazas, incluyendo el conductor; o bien
- 9 000 € para el primer vehículo, más 5 000 € para cada uno de los vehículos siguientes, que excedan de ese límite.

El representante legal de la empresa firmará una ficha de cálculo (cuyo modelo está disponible en las DDE y en la DRE Ile-de-France) describiendo su parque móvil.

Excepción única: el requisito de capacidad financiera no afecta a las empresas que posean un único vehículo afecto al transporte público de personas y para las cuales el mismo sea sólo una actividad accesoria.

La condición de capacidad financiera debe ser satisfecha preferentemente con capitales y reservas propios. En ausencia de los mismos, la empresa puede aportar una garantía bancaria de importe equivalente.

Para los residentes españoles, la prueba de que la empresa dispone de medios económicos suficientes para su puesta en funcionamiento y buena gestión, puede consistir en una certificación, de no más de tres años de antigüedad, emitida por un banco español.

4. Conclusión. La intrusión de la reglamentación europea

Amenazada por una condena debida a la falta de trasposición de la Directiva nº 98/76, Francia ha modificado su reglamentación mediante el Decreto nº 2002-838, de 3 Mayo 2002, cuyos efectos se han hecho sentir de inmediato en lo que respecta a la capacidad financiera.

Es poco probable que el régimen tan particular y arcaico de la Región parisina pueda superar un proceso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluso un examen por la Comisión de la UE. Sin embargo esos medios aún no se han ejercitado, pues parece que no hay interés en hacerlo, ya que las empresas extranjeras de transporte de viajeros aún no se han decidido a adentrarse en la jungla de la normativa y de las prácticas de la Región capitalina.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

3. TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

A) TRANSPORTE NACIONAL

LA NUEVA LEY ALEMANA DE TRANSPORTES DE 1998 Y SU MODELO. LA CONVENCIÓN CMR

Por

Dr. Alex SCHINDLER

Miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU

Jefe del Departamento Jurídico de BGL

(Frankfurt)

La legislación alemana del transporte ha sido completamente revisada y modernizada por la Ley de Reforma de 25 Junio 1998 (Boletín Oficial del Estado o "Bundesgesetzblatt" de 1998, parte 1, página 1588), que entró en vigor en 1 Julio 1998.¹ Ya antes la normativa aplicable a toda clase de contratos de transporte se encontraba en el Código de Comercio o "Handelsgesetzbuch" (HGB); pues bien, tras esta reforma, los contratos de transporte por carretera, por ferrocarril, por vías de navegación interior y por aire quedan regidos por el Capítulo Primero del Libro Cuarto del Código de Comercio. Sólo los contratos de transporte marítimo se han visto excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Reforma, aunque siguen sujetos a las reglas del Libro Quinto del propio Código Mercantil.

Desde luego, todas las Convenciones internacionales, como por ejemplo CMR, COTIF/CIM, Convención de Varsovia/Montreal, etc. permanecen intactas, puesto que la Ley del Transporte alemana es aplicable fundamentalmente al transporte nacional, y en cuanto al internacional, sólo a aquellos casos expresamente excluidos de las Convenciones, por ejemplo, mudanzas por carretera (conforme al art. 1,4,c de la Convención CMR).

Las nuevas previsiones legales se aplican también a la actividad de comisionista de transporte o transitario (Capítulo quinto del Libro Cuarto), así como al almacenaje o depósito (Capítulo sexto del Libro Cuarto).

En el presente trabajo me voy a ocupar básicamente del contrato de transporte.

La Ley de Reforma que comentaremos fue redactada teniendo en cuenta sobre todo la Convención CMR. Medida que se necesitaba urgentemente para que la industria del transporte alemana estuviese adaptada al mercado interno europeo.

¹ La versión inglesa de las Secciones 407-475 del Código de Comercio (HGB) puede obtenerse por Internet en la siguiente dirección: www.transportrecht.org/dokumente/HGBIVengl.pdf

1. La situación antes de 1998

El mercado del transporte en Alemania estaba dividida en un cierto número de nichos o subsectores de mercado, y por razones históricas cada uno de ellos tenía su propio régimen legal.

Había una Ley general del transporte en las Secciones 407 y siguientes del Código de Comercio (HGB), muy antiguo, de 10 Mayo 1897, por tanto de la época en que el transporte aún se hacía en carros de caballos. Pero este marco legal no tenía gran importancia en la práctica diaria. En los años siguientes a la I Guerra Mundial, se reguló sobre todo el transporte por ferrocarril. En cuanto al transporte por carretera, en 1923 se introdujo la distinción entre transporte de corta y de larga distancia, mediante un Decreto de urgencia que tendía a proteger los ferrocarriles estatales contra la creciente competencia del transporte hecho ya mediante camiones. La diferencia se refirió en un primer momento al acceso al mercado: el ejercicio del transporte de corta distancia era libre, mientras que la larga distancia estaba sometida a un sistema muy estricto de cuotas. En 1938 se promulgó una normativa sobre este transporte a larga distancia, de concepción similar a la reguladora del transporte ferroviario, de la que destacaba su muy elevado límite cuantitativo máximo de responsabilidad del transportista: 80 DM (unos 42 €) por kilo.

Tras la II Guerra Mundial, ambas normativas –la referente al transporte ferroviario y la reguladora del transporte a larga distancia– fueron modificadas, apareciendo de nuevo en el Boletín Oficial, y con solo pequeños cambios, permanecieron en vigor hasta el 30 Junio 1998.

Entre tanto, el contrato de transporte de corta distancia seguía regulado por el Código de Comercio de 1898, pero en realidad sus normas sustituidas por unos términos y condiciones de uso habitual. El transporte de muebles también tenía su propio régimen jurídico, diferenciándose las reglas aplicables a mueble nuevo y las propias de las mudanzas. El transporte por vías de navegación interior se regía por la Ley así llamada, lo mismo que el transporte aéreo nacional tenía su propia Ley respectivamente así denominada. En cuanto al transporte multimodal, no tenía una normativa legal, sino que era regulado por las condiciones generales de sus diversos operadores, por ejemplo, la empresa alemana Kombigesellschaft KG, la empresa suiza HUPAC o la Unión Internacional Rail-Route (UIRR).

Sin embargo, la situación se convirtió en negativa para los transportistas alemanes frente al mercado interno europeo cuando, por el Reglamento 3118/93 de 25 Octubre 1993, aplicable desde 1 Julio 1998, se liberalizó el cabotaje (transporte nacional dentro de un país de la UE realizado por un transportista residente en otro país de la UE). Los transportistas alemanes sufrían una doble discriminación. Sus competidores de otros países de la Unión europea, provistos de licencia comunitaria podrían realizar, en régimen de cabotaje, transporte por toda Alemania, mientras que los transportistas alemanes para ese mismo transporte –de larga

distancia- estaban sometidos a un sistema de cuota o cupo de autorizaciones, lo cual significaba sólo un determinado número de camiones. El transportista alemán de corta distancia podía usar cuantos vehículos quisiera (ajustado a las reglas sobre acceso a la profesión) pero sólo en su área específica de corta distancia. Así pues, era urgente implantar un sistema uniforme de acceso al mercado, y su consecuencia necesaria era una nueva Ley también uniforme reguladora del contrato de transporte.

Para permitir una aplicación gradual de la nueva Ley del transporte, el Ministerio de Justicia alemán creó un Grupo de Expertos, al cual encargó la redacción de las nuevas disposiciones legales. En este Grupo estaban representadas todas las partes interesadas –quien esto escribe representaba a la industria transportista-.

Tras cuatro años de trabajo, el presidente de este Grupo, Prof. Dr. Rolf Herber, entregó al Ministerio de Justicia el Informe final conteniendo un borrador de la Ley de Reforma del Transporte. Este proyecto es el que fue efectivamente adoptado con pocas, pero algunas importantes, modificaciones, por las dos Cámaras de que se compone el Parlamento alemán, y entró en vigor en 1 Julio 1998, a la vez que las nuevas reglas uniformes sobre acceso al mercado para la industria del transporte y la liberalización del cabotaje conforme al art. 12,2 y 3 del Reglamento comunitario nº 3118/93.²

Ya en las primeras reuniones del Grupo de Expertos se adoptaron las decisiones fundamentales. Se acordó que el nuevo contrato de transporte debía conllevar una armonización de todos los contratos de transporte de ámbito nacional en Alemania realizados por cualquier modo. La única excepción fue el transporte marítimo, por su carácter necesariamente internacional. Desde luego, estaba claro y sobreentendido que todos los instrumentos internacionales, como la Convención CMR, la Convención COTIF/CIM, la Convención de Varsovia/Montreal, etc. de las que Alemania forma parte no se verían afectadas.

Sin embargo, con vistas a una integración de las economías nacionales bajo el concepto de un mercado interno en la Unión Europea, el Grupo de Expertos acordó que la nueva Ley alemana sobre el contrato de transporte seguiría como modelo la Convención CMR.

Pero no simplemente declarando la CMR aplicable al transporte nacional, como han hecho otros países, por tres razones:

a) Primero, porque la Convención CMR está provista solo con los conceptos más esenciales de la normativa de transporte. En muchas de sus previsiones necesita ser complementada por la legislación nacional.

b) En segundo lugar, la Convención CMR resultó de un compromi-

² Journal Officiel EC 1993 Nr. 279/1

so, lo cual se puede ver en varios puntos cruciales donde, al no haberse alcanzado un criterio común, la CMR remite al Derecho nacional.

c) Y en tercer lugar, pese a la visión de la Convención CMR como un todo uniforme, algunas de sus previsiones no estaban en línea con el uso común, al menos en Alemania, por ejemplo, la declaración de interés especial en la entrega a que se refiere el art. 26 de la CMR, a cuya cobertura los Aseguradores alemanes no estaban dispuestos.

Por eso, la línea general a seguir fue fijar unas reglas tomadas de la Convención CMR.

Con vistas a un mercado interno dentro de la Unión Europea, se dijo que no debía haber diferencia jurídica si el transporte era efectuado por ejemplo desde Berlín hasta la ciudad de Freiburg en el suroeste de Alemania o unos pocos kilómetros más lejos sobre el Rin y al otro lado de la frontera, a Estrasburgo, en Francia. Los representantes del ferrocarril y de las empresas de navegación interior también aceptaron este criterio. El Grupo de Expertos pudo así empezar su trabajo tomando como modelo la Convención CMR, examinando la funcionalidad de cada una de sus previsiones, y en un siguiente paso identificando los vacíos y colmándolos con reglas de probada eficacia traídas de la regulación anterior, a que antes me referí.

Una tarea especial consistió en elaborar reglas aplicables a las operaciones de transporte multimodal.

También era urgente redactar una nueva regulación para el contrato de la actividad de comisionista de transporte o transitario (“Spediteur”), que en Alemania reviste una gran importancia económica. Esta clase de contratos estaban regidos por las Condiciones Generales de los Transitarios Alemanes. En sus versiones anteriores a 1998, estas Condiciones habían previsto un sistema único excluyendo totalmente la responsabilidad del transitario y sustituyéndola por la cobertura de un seguro cuya prima era pagada por el remitente. Este sistema no se aceptó por más tiempo y fue sustituido por otro que establece la responsabilidad del transitario en línea con los principios generales del Derecho comercial.

2. El contrato de transporte

A) Derechos y obligaciones de las partes contratantes

Conforme a la sección 407 del Código de Comercio, las partes del contrato de transporte son el remitente y el transportista. En virtud del contrato de transporte, el transportista está obligado a trasladar las mercancías hasta su destino y, una vez allí, a entregarlas a su destinatario. Por su lado, el remitente está obligado a pagar el precio de transporte (porte) estipulado.

En cuanto a la carta de porte, hay una primera diferencia respecto a las reglas de la Convención CMR. Pese a que el art. 4 de la CMR esta-

blece que la ausencia de carta de porte no afectará a la existencia y validez del contrato de transporte, la emisión de dicho documento viene a ser –al menos, en la interpretación alemana- obligatoria. En el transporte nacional, especialmente en lo concerniente a la distribución de remesas a comerciantes minoristas, conllevando muchas operaciones de carga y de descarga, emitir esta documentación suponía una excesiva carga burocrática con pérdida de flexibilidad. Por eso se decidió no insistir en una carta de porte obligatoria. Sino prever que, sólo cuando el transportista así lo requiera, el remitente estará obligado a emitir una carta de porte.

Por tanto, quedaba claro que la carta de porte era un documento del remitente. Una vez emitida la carta de porte y debidamente firmada por el remitente y por el transportista, dicho documento hace fe salvo prueba en contra respecto al establecimiento del contrato de transporte y sus condiciones, así como sobre la recepción de las mercancías por el transportista. La firma manuscrita puede ser sustituida por una firma impresa o estampada. Ello es un reflejo del art. 5,1 de la Convención CMR cuando prevé que las firmas manuscritas pueden ser reemplazadas por los respectivos sellos del remitente y del transportista si así lo permite la legislación nacional del país donde la carta de porte ha sido emitida.

Con respecto a las operaciones de carga y descarga de las mercancías, y concretamente a quién corresponde realizarlas, la Convención CMR no contiene previsión alguna. Pues bien, la Sección 412 del Código de Comercio ahora establece que es obligación del remitente poner a bordo del vehículo, estibar y fijar las mercancías, para garantizar su transporte en condiciones de seguridad, así como que las operaciones inversas en el lugar de destino corresponden al destinatario. Esto último puede parecer extraño después de haber dicho que las partes del contrato son el remitente y el transportista; si se considera que el de transporte es un contrato a favor de tercero, conforme a los principios generales del Derecho privado ese tercero no puede ser obligado con obligaciones contractuales. Sin embargo, cuando a la llegada de las mercancías el destinatario pide su entrega, éste asume la posición del remitente en cuanto derechohabiente sobre las mercancías, y por ello puede ser hecho responsable de la descarga de tales mercancías. En cualquier caso, el transportista queda siempre responsable de la operación de carga en lo que atañe a la seguridad del vehículo, lo cual se corresponde con las previsiones de la normativa de Derecho público concerniente al tráfico por carretera. Esa obligación del remitente de cargar y estibar las mercancías se entiende salvo que se haya estipulado en otro sentido, de manera que las partes del contrato de transporte pueden libremente acordar si al transportista, y en consecuencia a su representante el conductor corresponde o no esa obligación.

El pago de los portes comprende un cierto periodo de tiempo para efectuar las operaciones de carga y descarga, de manera que no es necesario un pago adicional por el tiempo de su duración. Ahora bien, si el transportista tiene que esperar más allá de las mismas, por razones externas al ámbito de su actuación, tiene derecho a ser adecuadamente indemnizado por ello.

B) Responsabilidad del transportista

El núcleo de la Ley de Reforma está contenido en las Secciones 425 a 436 del Código de Comercio, referidas a la responsabilidad del transportista. Al respecto, desde luego se ha copiado el sistema de responsabilidad de la Convención CMR, para aplicarlo al transporte nacional en Alemania. Quien esté familiarizado con el art. 17 de la CMR lo estará también de inmediato con el nuevo sistema alemán. El transportista es responsable por la pérdida o el daño a las mercancías ocurridos durante el tiempo en que éstas quedan bajo su custodia, es decir, desde la toma en carga hasta su entrega, así como del retraso en su entrega. Esta responsabilidad es independiente de que tenga o no culpa. Sin embargo, el transportista queda exonerado de tal responsabilidad si la pérdida, el daño o el retraso han sido causados por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir ni siquiera ejerciendo su máxima diligencia. En comparación con el sistema de responsabilidad en la Convención CMR, hay sólo una diferencia importante: según el art. 17,3 de la CMR, los defectos en el vehículo usado por el transportista para efectuar el servicio no sirven, como causa exoneratoria de responsabilidad; es decir, que si la pérdida, el daño o el retraso han sido causados por algún defecto del camión, el transportista sigue siendo responsable por los mismos. El Informe del Grupo de Expertos recogía la conveniencia de trasladar también esta previsión al Derecho alemán. Sin embargo, durante la posterior discusión parlamentaria esta previsión desapareció, debido a la intervención de la organización de operadores de navegación interior. Argumentaron que, mientras efectivamente era posible revisar a conciencia y mantener a punto un camión o una locomotora de ferrocarril, de manera que se evitara cualquier defecto técnico susceptible de causar daño a las mercancías cargadas a bordo del vehículo, sin embargo la situación en la navegación era muy distinta, pues comprobar exhaustivamente un barco supone tener que llevarlo a un dique seco, lo cual desde luego no es posible hacer antes de cada viaje. Este razonamiento convenció a los Diputados. Pero, como el mayor interés consistía el tener un código de normas uniformes para la responsabilidad en transporte nacional, no se quiso señalar excepción alguna para la navegación interior; por lo que el Parlamento decidió suprimir en bloque toda la previsión del art. 17,3 de la CMR. Ello significa que, según el nuevo Derecho alemán, también el transportista de carretera queda exonerado de responsabilidad si la pérdida o el daño a las mercancías o el retraso en su entrega han sido causados por algún defecto del vehículo que las transportó, siempre que ese defecto no pudo ser evitado ni siquiera ejerciendo la máxima diligencia.

La exclusión de responsabilidad sobre la base de causas específicas está totalmente en línea con el art. 17,4 de la Convención CMR. También así ocurre con la previsión de que la indemnización en caso de responsabilidad del transportista será calculada con referencia al valor de las mercancías en el lugar y tiempo de su toma en carga. La indemnización por retraso en la entrega tiene un máximo equivalente a tres veces la cuantía del porte; esta es otra diferencia con el art. 23,5 de la CMR, en que no excede del mismo montante del porte. Todos los daños económicos consecuentes al daño de

las mercancías o al retraso es su entrega quedan excluidos de la responsabilidad; sin embargo, pueden surgir de otras acciones del transportista, como es el incumplimiento de cláusulas incidentales del contrato. El Tribunal Supremo de Alemania (Bundesgerichtshof, BGH) detectó una laguna en la Convención CMR relativa a tales provisiones incidentales. En la jurisprudencia alemana se hace una distinción entre las obligaciones contractuales principales –por eso llamadas cardinales- y las restantes obligaciones –incidentales- que el deudor también tiene que cumplir. Respecto al contrato de transporte, la entrega de las mercancías dentro de plazo, íntegras y en buen estado, está considerada como la obligación cardinal, siendo las restantes incidentales. El Tribunal Supremo declaró a un transportista plenamente responsable por todos los daños, incluida ganancia dejada de obtener, por su incumplimiento de esas cláusulas incidentales. Y ello, porque el retraso en la entrega fue causado por una errónea información del conductor acerca de la ubicación del camión y el momento de llegada esperado.³ En otra famosa Sentencia –el caso “Yougoslav Prunes”- dictada por el Alto Tribunal Provincial de Munich⁴, el transportista estaba obligado a transportar un cargamento de ciruelas frescas a Alemania; pero además las partes acordaron que el conductor sólo debía cargar ciruelas “recién cogidas” del árbol. Cuando la mercancía llegó a Alemania las ciruelas estaban completamente podridas. El perito que las examinó llegó a la conclusión de que las ciruelas estaban ya algo pasadas cuando fueron cargadas, y en cualquier caso no habían sido “recién cogidas” del árbol. De ello, el Tribunal dedujo que este daño a las mercancías no podía ser tratado según el art. 17,1 de la Convención CMR sino que fue causado por el incumplimiento de la cláusula del contrato que obligaba a cargar la fruta “recién cogida”. Como la plena responsabilidad es muy arriesgada y onerosa desde el punto de vista de las primas de seguro, era importante para los representantes del sector transportista en el Grupo de Expertos que esa laguna quedase colmada en sentido de limitar la responsabilidad también para tales supuestos. La tarea fue cumplida con éxito creando la Sección 432 del Código de Comercio; esta regla que establece la responsabilidad del transportista por incumplimiento de un deber contractual queda limitada a tres veces el importe pagadero en caso de pérdida de las mercancías, si su responsabilidad por daño no ha resultado de pérdida o daño a las mercancías o de incumplimiento del plazo de entrega. Este límite de responsabilidad parece demasiado alto pero en cualquier caso está fijado. En la práctica, el efecto de esta previsión es que esta clase de responsabilidad también podría quedar cubierta por un seguro, y que el impacto del montante de la prima no era enorme.

Otra diferencia importante entre la Ley alemana del transporte y la Convención CMR se refiere a la responsabilidad de los transportistas sucesivos. La previsión contenida en el art. 34 de la CMR acerca de la responsabilidad del transportista sucesivo por el conjunto de la operación se consideró demasiado grave, incluso si el art. 37 le otorga el derecho a la

3 BGH I ZR 204/91, TransR1993,426

4 OLG München 7 U 6078/88, TransR 1991,61

acción de recobro contra el verdadero culpable. En la Ley alemana se establece una diferencia entre el transportista contractual responsable del conjunto de la operación y el transportista de hecho que es responsable del daño o la pérdida de las mercancías y del retraso en su entrega pero sólo en el tramo realizado por él mismo: Sección 437 del Código comercial.

Finalmente, debe señalarse que la Ley alemana no contiene límites en relación al valor de las mercancías en caso de declaración de valor –art. 24 de la CMR- o de declaración de interés especial en la entrega -art. 26 ídem-. El límite de responsabilidad del transportista es siempre de 8'33 Derechos Especiales de Giro del FMI por kilo de mercancía perdida o dañada.

C) El problema del art. 24 de la CMR

Puesto que se pretendía que la Ley de Transporte alemana estuviese alineada con la Convención CMR, surgía el problema de su art. 29, que veta el derecho a excluir o limitar la responsabilidad del transportista en caso de culpa grave equivalente a dolo (“wilful misconduct”) por parte del transportista. Era opinión generalizada que esta regla debía seguirse también para el transporte nacional. Pero ¿qué debía considerarse como una culpa grave equivalente a dolo? El Tribunal Supremo alemán sentenció⁵ que su equivalente en el Derecho alemán era la negligencia grave. Pero tras largos debates, el Grupo de Expertos por mayoría adoptó la fórmula del art. 25 de la Convención de Varsovia para el transporte aéreo, en su redacción de 1955, la cual también había sido discutida y finalmente adoptada en el artículo 36 de la Convención COTIF/CIM para el ferroviario. Esta decisión, apoyada por la delegación del sector transportista, después de complejos debates, pasó los trámites parlamentarios y fue aprobada. La Sección 435 del Código de Comercio ahora establece que las exclusiones y limitaciones de responsabilidad no se aplican si el daño resultó de acción u omisión del transportista o de sus empleados “con la intención de causar el daño o con descuido y a sabiendas de que el daño probablemente resultaría”. Todo el mundo quedó convencido de que bajo esta fórmula los casos de responsabilidad plena e ilimitada del transportista serían muy infrecuentes. Pero de hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (BGH I ZR 205/01 TransR 2004, 309) no hizo diferencia entre esta nueva fórmula y el clásico concepto de negligencia grave.

3. El transporte multimodal

Se prestó especial atención a desarrollar un régimen legal aplicable al contrato de ejecutado mediante varios modos de transporte. En este ámbito no existía para Alemania normativa jurídica alguna, ya que la Convención de Naciones Unidas de 1980 no ha entrado ni parece que vaya a entrar en vigor, y tampoco había reglas alemanas nacionales al res-

5 BGH I ZR 128/81, TransR 1984, 68

pecto. Lo que se venía haciendo era que si por ejemplo un tramo marítimo estaba implicado, se aplicaban las reglas UNCTAD/ICC; para el transporte combinado carretera/ferrocarril a veces se acudía a las condiciones de la organización UIRR, o bien a los términos y condiciones de las empresas nacionales, como la alemana Deutsche Kombi KG. Así que parecía necesario poner a punto unas previsiones sobre la responsabilidad del operador que se sirve de diferentes modos de transporte, e introducirlas en el ordenamiento jurídico alemán, como en efecto ha ocurrido en las actuales Secciones 452 a 452d) del Código mercantil.

El primer problema que abordó el Grupo de Expertos consistió en la propia definición de transporte multimodal. Se decidió que este capítulo debía ser aplicable sólo a operaciones de transporte mediante varios modos cuando los mismos estaban sujetos a distintos regímenes jurídicos. Por tanto, todo el transporte nacional carretera/ferrocarril quedó excluido de la definición, ya que la propia Ley uniforme preveía una regulación idéntica para el transporte por carretera y por ferrocarril.

El Tribunal Supremo alemán en una célebre sentencia de 1987⁶ desarrolló los principios de responsabilidad en el transporte multimodal. Esta sentencia hacía una distinción entre si se sabía o no el lugar donde había ocurrido el daño. Si el daño, la pérdida o el evento que había causado el retraso en la entrega habían ocurrido en un tramo localizado del transporte, la responsabilidad se regía por las reglas aplicables a ese trayecto –por tanto, se seguía el sistema de responsabilidad denominado en “red”-. Si en cambio el tramo donde ocurrió tal evento perjudicial era desconocido, el Tribunal decidió que era aplicable la normativa propia del trayecto que ofreciera el régimen más favorable al reclamante.

El Grupo de Expertos decidió que para los casos en que este tramo era conocido, debía aplicarse el referido sistema “red”, mientras que si ese trayecto era indeterminable entonces se aplicarían las reglas generales de la propia Ley de Reforma, por tanto, su régimen general de responsabilidad del transportista.

4. ¿Régimen legal obligatorio o libertad contractual?

Los más enconados debates del Grupo de Expertos surgieron a propósito de si la nueva Ley entonces proyectada debía ser imperativamente aplicable –como lo es la Convención CMR- o si en cambio debía ser –como “ius dispositivum”- sólo una suerte de régimen supletorio al que las partes libremente estipulasen en cada contrato. Este último sistema encuentra su base en el Código Civil alemán y aún más en nuestro Código de Comercio, ya que la libertad contractual es un principio muy arraigado en el Derecho privado alemán. Para el sector transportista claramente sólo una ley obligatoria cubría sus necesidades. Todos los beneficios de la Convención CMR, especialmente su límite máximo de responsabilidad hasta 8’33 Derechos Especiales de Giro, o el límite máximo en relación al precio del transporte en caso de retraso, perderían su efecto en la realidad del mercado si el remi-

6 BGH I ZR 127/85, BGHZ 101,172

tente, muchas veces más poderoso en la práctica, pudiera dictar las cláusulas contractuales imponiendo sus propias condiciones. Tras una ardua discusión, finalmente fue alcanzada una fórmula de compromiso, basada en tres elementos:

a) Las partes contratantes pueden modificar las previsiones de la Ley de transporte siempre que se cumplan las siguientes condiciones;

b) Todas las reglas sobre responsabilidad y su limitación en caso de reclamación sólo se pueden modificar mediante un acuerdo resultante de detalladas negociaciones y no mediante unas condiciones generales, y aún así con la excepción siguiente;

c) El límite máximo de responsabilidad –es decir, 8'33 Derechos Especiales de Giro- puede ser modificado incluso mediante condiciones generales pero sólo en una horquilla que va desde 2 hasta 40 DEG. Pero si las condiciones contuviesen una tal modificación, la cláusula correspondiente debe ser destacada mediante una tipografía especial.

Esto suena un poco complicado, pero en la práctica funciona muy bien. Las cláusulas de uso más común en Alemania –las “Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen” (ADSp) y las “Vertragsbedingungen für den Güterkraftverkehrs-, Speditions- und Logistikunternehmer” (VBGL)- prevén el límite máximo de responsabilidad de acuerdo con la Ley, por tanto 8'33 Derechos Especiales de Giro. Si las mercancías a transportar son de un valor superior, la mayoría de transportistas aceptan un límite máximo de 40 DEG, lo cual supone una cobertura de seguro adicional lógicamente más onerosa que la corriente.

5. Conclusión

La Ley alemana de transporte cumple –al tiempo de redactar estas páginas- su séptimo año de vida. El nuevo régimen legal ha sido generalmente aceptado por todas las partes implicadas: tanto por el sector transportista como por los usuarios.

Aún hay algunas cuestiones controvertidas y todavía no decididas por los Tribunales. Por ejemplo, la horquilla de responsabilidad ha causado polémicas aún no resueltas: así, ¿qué ocurre en caso de daño a mercancías de alto valor si el transportista contractual acordó una responsabilidad máxima de 8'33 DEG mientras que en el contrato con el transportista efectivo aparece estipulada una responsabilidad de 40 DEG? Antes o después tendrá que haber una decisión jurisdiccional sobre esta y otras cuestiones. Por otra parte, algunas modificaciones al borrador del Grupo de Expertos por parte de los miembros del Parlamento han sido fuertemente criticadas tras la aprobación de la Ley, por ejemplo la limitación de la responsabilidad del remitente o la introducción de derechos especiales para los consumidores.

Pero no han resultado tan problemáticas como se esperaba. En términos generales, la Ley alemana del transporte de 1998 parece un instrumento jurídico bueno y duradero.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

LAS REGLAS CMR COMO DERECHO APLICABLE AL TRANSPORTE NACIONAL: LA FAVORABLE EXPERIENCIA DE AUSTRIA

Por

Dr. Peter CSOKLICH

Abogado

*Viena (Austria)*¹

A menudo se considera que Austria y los austriacos tenemos una mentalidad más bien tradicional, y no somos precisamente gente innovadora y con iniciativa. Pero, con respecto a la Convención CMR, Austria en efecto ha sido pionera.

Un alto funcionario del Ministerio de Justicia austriaco, el Profesor Dr. Roland Loewe, fue miembro del Grupo de Trabajo que redactó la Convención CMR, y por tanto uno de los padres de la misma; Austria fue uno de los primeros países en ratificarla (1969) y enseguida entró en vigor para nosotros: en 2 julio 1961². La Convención CMR fue bien recibida en Austria y por todos reconocida como una normativa bien equilibrada para el transporte de mercancías. El Dr. Loewe escribió el primer comentario sobre la CMR³, que aún sigue teniendo autoridad en las sentencias jurisdiccionales así como en los estudiosos que las comentan en muchos de sus países miembros. Durante 20 o 25 años ha habido en Austria un creciente número de procesos judiciales directamente relacionados con la interpretación de la CMR⁴.

1. El primer paso para aplicar las reglas CMR al transporte nacional: un fracaso

Poco después de que ratificásemos la Convención CMR, la Cámara de Comercio de Austria publicó la “Tarifa austriaca para el transporte de mercancías por carretera” (ÖStGT). Esta Tarifa era aplicable a la mayoría de contratos para el transporte de mercancías por carretera dentro de nuestras fronteras, especialmente a los servicios a una distancia mayor de 130 km. La misma contenía no sólo precios del transporte sino términos y condiciones uniformes para tales contratos. Estos términos uniformes eran –salvo algunas excepciones– idénticos a la traducción alemana oficial de la Convención CMR. Respecto a las excepciones, debe decirse que la limitación máxima de responsabilidad del transportista contenida en el art.

1 El presente artículo constituye mi homenaje póstumo al ilustre Abogado español D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino (q.e.p.d.), a invitación de su hijo y también Colega-continuador de su Despacho D. Francisco José Sánchez-Gamborino, a quien tuve el placer de conocer en la Conferencia organizada por IRU e IDIT en Rouen (Francia), en 1998 sobre la aplicación de las reglas CMR en los diferentes países, como ley para su transporte nacional. El presente artículo es una versión ampliada y actualizada de mi Ponencia en aquella reunión.

2 Cfr. Jesser en Csoklich-Jesser, *International Encyclopaedia of Laws, Transport Law-Austria*, 85 (nota 203)

3 Loewe, *CMR, ETL 11* (1976), 503-697.

4 Para una panorámica sobre el status quo en la interpretación de la CMR en Austria, vid. Csoklich-Jesser, *International Encyclopaedia of Laws, Transport Law-Austria*, 85 y ss. (notas 203-275); Schütz in Straube, *Commercial Code, Anh.*, 1497-1541.

23,3 de la CMR no estaba expresada en francos-oro o en Derechos Especiales de Giro, sino en Chelines austriacos (ATS); además, esta Tarifa no incorporaba el art. 31 de la CMR sobre jurisdicción competente. Con todo, la mayor diferencia entre esa Tarifa y la Convención CMR se refería al art. 29 de la CMR: la Tarifa simplemente omitía la frase adicional de la Convención, según la cual la limitación de responsabilidad no es aplicable si el daño había sido causado por culpa grave equivalente a dolo, de manera que según la Tarifa austriaca el único caso para no aplicación de esa limitación era la existencia de dolo. Todas las demás condiciones de esta Tarifa se ajustaban a la Convención CMR, incluso iban numeradas de igual modo.

Incluso el art. 41 de la Convención CMR fue trasladado a esta Tarifa, con lo cual, y siendo la Cámara de Comercio de Austria una entidad pública muy afamada y aceptando los transportistas aplicar estas reglas CMR como condiciones generales también para el transporte nacional, pronto esta Tarifa fue considerada como una ley vinculante. El resultado fue que desde 1967, en lo esencial, las reglas CMR fueron también aplicables a la mayor parte de los servicios de transporte domésticos.

Para sorpresa de muchos transportistas, en 1983 el Tribunal Supremo austriaco⁵ sentenció que esta Tarifa no era una ley imperativa, sino simplemente un conjunto de términos y condiciones contractuales uniformes que eran aplicables sólo si las partes del contrato de transporte los aceptaban. Esta decisión fue correcta y obviamente previsible, pues según nuestra Constitución sólo el Parlamento (claramente no la Cámara de Comercio) puede aprobar leyes imperativas. En cualquier caso, esta Sentencia levantó una polvareda entre los transportistas, quienes creían haber perdido la base jurídica y económica que sustentaba sus servicios.

Personalmente, nunca comprendí la causa de este revuelo. El contrato para transporte nacional de mercancías por carretera en aquella época estaba regulado por el Código de Comercio austriaco (HGB), párrafos 425 y siguientes, promulgado en 1897. Sus normas preveían la responsabilidad del transportista por cualquier daño a la mercancía ocurrido durante el transporte, así como por los perjuicios causados por el retraso en la entrega, salvo que el transportista pudiera probar que ejerció su debida diligencia. No había limitación máxima de responsabilidad hasta un determinado techo. Pero, como estas normas no eran imperativas, no había inconveniente en limitar la responsabilidad a un tope por vía contractual, era incluso admisible mediante estipulación en un contrato excluir totalmente la responsabilidad. ¿Por qué no podían los transportistas acordar con sus clientes la aplicación de la Tarifa ÖStGT? Los transitarios austriacos, por ejemplo, nunca tuvieron problema para convencer a

5 Tribunal Supremo de Austria, EvBl 1983/159.

sus clientes de que aceptasen, como base de sus contratos, las Condiciones Generales AÖSP aplicables a su actividad de expedición, las cuales incluyen amplias limitaciones a la responsabilidad del transitario⁶. Mientras tanto, la Tarifa ÖStGT había sido por todos considerada como un “uso comercial”⁷, y de hecho, poco después de dicha Sentencia la Cámara de Comercio de Austria aprobó una nueva versión de la Tarifa bajo nombre distinto: “Allgemeine Geschäftsbedingungen für den gewerbsmäßigen Güterfernverkehr”, es decir, Términos y condiciones generales para los transportistas profesionales de mercancías, que ya no contenía precios de transporte pero sí las reglas de la Convención CMR con las ya referidas modificaciones; y por supuesto desde ese momento y en lo sucesivo los transportistas en su mayoría establecieron sus contratos en base a la aplicación de estos Términos y condiciones identificables con las reglas CMR, o bien de las condiciones generales para los transitarios AOSP.

En cualquier caso, conforme a un principio general de Derecho Civil austriaco, las limitaciones o exclusiones de la responsabilidad son nulas si media dolo o culpa grave, en este caso por parte del transportista o sus empleados o agentes o de cualquier otra persona a cuyos servicios el transportista acuda para la realización del transporte⁸; de ello deriva que mediante esa Sentencia del Tribunal Supremo se aclaró que el transportista no podía beneficiarse de tal limitación. El supuesto de consolidar una limitación de responsabilidad para el transportista por simple omisión en la Tarifa ÖStGT de las palabras relevantes (sobre culpa grave) del art. 29 de la CMR había fracasado; quizá el motivo de ese alboroto fue que los transportistas no querían aceptar que les había fallado el intento de limitar su responsabilidad en caso de culpa grave.

2. El segundo paso para aplicar las reglas CMR al transporte nacional: un éxito

En cualquier caso, esta Sentencia, y la iniciativa de un Funcionario hábil y experto, desgraciadamente desaparecido, del Ministerio de Justicia austriaco, el Dr. Bruno Wiesbauer, finalmente llevó a una modificación, en 1990, del Código de Comercio, parágrafo 439,a, simplemente estable-

6 En este contexto, quisiera atraer la atención del lector al parágrafo 32 de las AOSPP: bajo esta previsión la contraparte de un transitario no puede presentar reconvencción contra la demanda de un transitario. Tal exclusión contractual de ese derecho es admisible conforme al Derecho austriaco, y es válida incluso en contratos a los que la CMR es aplicable (Sentencia SZ 55/73 del Tribunal Supremo de Austria). De ello deriva que la otra parte en ningún caso está obligada a pagar todas las cantidades reclamadas por el transitario, ni siquiera si está legitimada para presentar una reclamación por daños contra dicho transitario. Con bastante frecuencia las contrapartes no son conscientes de esa exclusión contractual y simplemente no pagan las deudas devengadas por el transitario; si éste presenta una demanda en reclamación de sus derechos, el Tribunal solo juzgará la demanda presentada por el transitario y denegará conocer la reconvencción de su contraparte. Por tanto, la contraparte tendrá que iniciar un procedimiento nuevo y distinto para su reclamación de sentido contrario; no obstante, si espera demasiado para hacerlo, su reclamación por daños puede quedar entre tanto prescrita conforme al art. 32 de la Convención CMR. ¡Tenga cuidado con esta “trampa” si trata con transitarios y transportistas austriacos!

7 Cfr. Weiss, Der Handelsbrauch (Uso Comercial), 51 y ss.

8 Cfr. Csoklich, Einführung in das Transportrecht (Introducción al Derecho de Transportes), 171; Sentencia del Tribunal Supremo de Austria, SZ 53/80.

ciendo en el mismo que “los artículos 2 a 30 y 32 a 41 de la Convención CMR son aplicables también a los contratos para el transporte de mercancías por carretera mediante vehículos dentro del territorio de Austria, a excepción de los servicios de mudanzas”; además de eso, se estableció que “los vehículos se entenderán conforme los define la Convención para el Tráfico por Carretera de 1962”.

Mediante esta previsión tan simple, Austria incorporó las reglas de la Convención CMR a su Derecho aplicable al transporte nacional. Como el art. 41 ha sido también expresamente incorporado, la aplicación de las reglas CMR a los servicios domésticos resulta también imperativa: las partes contratantes de un transporte nacional no pueden acordar cláusulas contractuales que se desvíen de las previsiones de la CMR. En este contexto, debe ser mencionado que, bajo el parágrafo 413 del Código Comercial, un transitario que –como ocurre frecuentemente en Austria– acuerde con el remitente unos costes prefijados (incluido el precio a pagar al transportista) –“Fixkostenspedition”– será considerado él mismo como un transportista, lo cual significa que será tratado como si hubiera realizado el transporte por sí mismo; de lo que a su vez deriva que las reglas CMR son también imperativamente aplicables a la mayoría de los contratos de expedición que se refieran a traslado de la mercancía dentro de nuestras fronteras (además de a los servicios internacionales)⁹. El resultado es que en Austria, las reglas CMR son aplicables a prácticamente todos los contratos vinculados a un transporte por carretera, sea nacional o internacional, sea un contrato de transporte o de expedición.; los Términos y Condiciones Uniformes, para transportistas o para transitarios, sólo se aplicarán válidamente en cuestiones no reguladas en la CMR¹⁰. Considerando el hecho de que el Derecho de transportes en conjunto se caracteriza por su fragmentación y su complejidad, este paso dado por el legislador austriaco hacia la armonización e incluso la unificación jurídica ha de ser considerado de gran valor¹¹.

Algunos autores (casi todos extranjeros) que han criticado la manera como Austria incorporó a su Derecho las reglas CMR para el transporte nacional, destacan que no es posible una simple referencia a las reglas CMR, sino que habrían tenido que trasladarse literalmente tales reglas. Otras voces críticas opinan que la barrera puesta por el art. 41 de la CMR para que las partes puedan estipular sus obligaciones como prefieran no debería ser aceptable para el transporte nacional. Estas son, entre otras, las razones por las que por ejemplo Alemania ha incorporado sólo parcialmente las reglas CMR a su Derecho aplicable al transporte nacional, en

9 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Austria, SZ 54/160; Csoklich, Introducción al Derecho de Transportes), 17.

10 Tales como: culpa in contrahendo, daños porque el transportista no tomó las mercancías en el lugar de carga, o lo hizo demasiado tarde, daños por incumplimiento de obligaciones accesorias, como defectos en la declaración aduanera, presentación de reconveniones (cfr. Nota 6 precedente), derecho de retención; cfr. Koller, Transport Law, 1025 y ss.

11 Las observaciones críticas de Schütz en Straube, parágrafo 439 del Código de Comercio, Nota 2 y ss. permanecen aisladas.

12 Cfr. Basedow en Comentario Munic al Código de Comercio, Vol. 7^o, Introducción, Nota 14 y ss.

particular no incorporó dicho art. 41, sino que ha dejado a las partes modificar –dentro de ciertos límites– el régimen CMR de responsabilidad del transportista¹².

Desde luego, algunas previsiones de la Convención CMR claramente no son aplicables a los servicios domésticos. Es el caso por ejemplo de la cláusula Paramount contenida en su art. 6,1, letra k, o bien las varias reglas de la CMR que reenvían al Derecho nacional, como el art. 32,3 sobre ampliación del plazo de prescripción, o el art. 29 sobre la culpa que conforme al Derecho nacional ha de ser considerada como equivalente a dolo. Es cierto que el legislador austriaco podría haber sido un poco más cuidadoso al suprimir de su incorporación, no sólo el art. 1 sobre ámbito de aplicación y el art. 31 sobre jurisdicción competente, sino también otros artículos que por su propia naturaleza no pueden ser literalmente aplicados a los transportes domésticos.

Quince años de experiencia bajo esa previsión demuestran, sin embargo, que tales críticas no son relevantes. La remisión en varios artículos a la ley de la Jurisdicción actuante –citados arts. 29 y 32 de la CMR, por ejemplo– por supuesto hay que entenderla como referida a la Ley austriaca, y no plantea ningún problema legal. Al contrario, este procedimiento tiene ventaja si hubiera alguna modificación de la Convención CMR, o los Tribunales austriacos variaran su interpretación de la misma, pues tales hipotéticos cambios se aplicarían automáticamente, tanto a los transportes internacionales como a los nacionales en Austria; en este sentido, puede decirse que el parágrafo 439,a del Código de Comercio contiene una referencia dinámica a la CMR, y de este modo garantiza la unificación de régimen jurídico para ambas clases de transporte, también en el futuro.

El argumento de que la limitación de la autonomía de la voluntad para las partes conforme al art. 41 de la CMR tiene que ser considerado más seriamente. De hecho, los contratos de transporte y de expedición generalmente son establecidos entre empresarios experimentados (y no con simples consumidores), y es un principio de Derecho austriaco ampliamente reconocido que las partes son libres para estipular sus relaciones contractuales (“libertad contractual”); principio con el que el art. 41 estaría en contradicción. Es más: dicho art. 41 prohíbe las desviaciones, no sólo a favor del transportista sino también a favor del remitente, tales como límites más altos de responsabilidad del transportista o un plazo de prescripción más largo que el previsto en el art. 32 de la CMR. Incluso, a primera vista, es difícil entender por qué las partes de un contrato de transporte por carretera no están autorizadas para acordar por vía contractual un régimen de responsabilidad del transportista que, apartado de la CMR, beneficie al usuario: con frecuencia esta clase de previsiones contractuales se encuentran por ejemplo en grandes acuerdos para transportes com-

12 Cfr. Basedow en Comentario Munic al Código de Comercio, Vol. 7^o, Introducción, Nota 14 y ss.

plejos y/o múltiples: las partes en dichos contratos quedarían bastante sorprendidas si se les dijera que su estipulación que se desvía de las reglas CMR sólo puede ser considerada como un pacto entre caballeros sin carácter vinculante, y mantendrían sus cláusulas sin hacer caso de la advertencia. Sin embargo, la incorporación del art. 41 es indispensable para alcanzar el objetivo de armonización de regímenes jurídicos para los servicios nacional e internacional: si la CMR no fuera imperativa, las partes de un contrato de transporte por carretera doméstico contratarían fuera de las reglas CMR –como sucedió tan pronto el Tribunal Supremo austriaco declaró que las Condiciones ÖStGT no eran vinculantes (vid supra 1). Más aún, recientemente se ha demostrado que el legislador es cada vez más consciente de que incluso empresarios experimentados pueden verse en situaciones inicuas y necesitan de reglas imperativas que protejan a la parte más débil –muchas veces la parte más débil es el transportista o el transitario-; y esa es probablemente la explicación de por qué el art. 41 de la CMR prohíbe desviarse de sus reglas, en cualquier dirección. Finalmente, el art. 41 de la CMR ofrece seguridad jurídica y así reduce los costes ineficaces. En Austria, las restricciones a la autonomía de la voluntad de las partes impuestas por el art. 41 de la CMR han sido aceptadas por todas las partes interesadas y aún hoy nadie las discute.

Teóricamente un problema mayor podría resultar del hecho de que el art. 51 de la CMR no es aplicable a los transportes nacionales: de ello derivaría que para el transporte nacional sólo la traducción alemana de la CMR sería imperativamente aplicable, mientras para el transporte internacional lo serían las versiones inglesa y francesa, únicas oficiales. En efecto, hay algunas diferencias significativas entre una y otras traducciones. Por ejemplo, respecto al art. 29: la interpretación de cuya previsión levantó una polémica en Alemania y Austria¹³. Por supuesto, los Tribunales austriacos tendieron a basar su interpretación de la CMR en la no-oficial traducción alemana, incluso al enjuiciar contratos internacionales (y pese a confirmación verbal de lo contrario) En este sentido, debo decir que en mi experiencia los Tribunales de la mayoría de los demás países miembros de la Convención CMR hacen lo mismo: aplicar su versión traducida de la CMR en vez de las versiones oficiales inglesa o francesa. Y esta tendencia es la fuente de las diferencias existentes en cuanto a interpretación y aplicación de la CMR entre sus países miembros¹⁴. Este problema sólo sería resuelto si un Tribunal supranacional fuese competente para decidir sobre

13 El Tribunal Supremo de Austria repetidamente ha declarado, con respecto al art. 29 de la CMR, que conforme al Derecho austriaco la culpa grave equivale a dolo, SZ 47/106, ZVR 1999/56. Cfr. Schütz en Straube, Comentario sobre el Código de Comercio (HGB), Art. 29 CMR, nota 1; Jesser, TR 1997, 108; Tuma, ETL, Vol. XXXVII (2002), 139. Especialmente el robo de la mercancía y/o el camión, sobre todo en Italia, está considerado por los Tribunales austriacos como debidos a culpa grave (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, TR 2002, 113; Koller, Transport Law, Art. 29 CMR, nota 4h).

14 Cfr. Por ejemplo el panorama de diferentes interpretaciones respecto al art. 29 de la CMR: Helm en Straub, Comentario al Código de Comercio, CMR Art. 29 CMR, Nota 6 y ss.; Koller, Transport Law, Art. 29 CMR, Nota 2 y ss.; o con respecto al Capítulo VI, art. 34 y ss.; Helm, Art. 34 CMR, Nota 6 y ss., Art. 34 CMR, Nota 3 y ss.

15 de la Motte en Thume, Comentario al CMR, Art. 1 CMR, nota 25 y ss.

tales divergentes interpretaciones de la CMR; lo que hasta ahora no ha sucedido.

El lector atento habrá observado que, según he dicho, el párrafo 439,a del Código de Comercio austriaco reenvía en la definición de vehículo a la que contiene la Convención sobre Tráfico por Carretera de 1962, mientras que el art. 1 de la CMR se refiere a las definiciones contenidas en la Convención sobre igual materia de 1949. Sin embargo, puesto que las definiciones respectivas de ambas Convenciones relativas a tales vehículos son básicamente idénticas¹⁵, también esta diferencia entre el párrafo 439,a del HGB y la CMR carece de relevancia práctica.

El art. 31 de la CMR no es aplicable a los transportes nacionales. Esto tampoco ha suscitado problema alguno, puesto que los servicios de transporte en régimen de cabotaje –es decir, los realizados dentro de un país miembro de la Unión Europea por un transportista residente en otro Estado miembro- habían sido prohibidos en Austria. Dado que en mi país el transporte nacional sólo podía ser realizado por transportistas austriacos, bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de Austria (Jurisdictionsnorm) todo transportista austriaco podía ser llevado únicamente ante los Tribunales de su propio país, incluso sin necesidad del art. 31 de la CMR. Desde hace un par de años, sin embargo, el cabotaje ha sido autorizado a cualquier transportista residente en otro país de la UE. Entonces, bajo dicha Ley de Enjuiciamiento, así como bajo el Reglamento UE 44/2001 sobre jurisdicción y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil (“Bruselas I”), la demanda tiene que ser presentada ante el Tribunal correspondiente a la sede del demandado: de todas formas, en muchos casos los Tribunales austriacos son competentes de acuerdo al art. 5,1 del Convenio de Bruselas I porque el lugar de cumplimiento de los transportes está situado dentro de las fronteras de Austria¹⁶.

De hecho surge una inmediata incertidumbre tras la incorporación de las reglas CMR al Derecho nacional austriaco. Como dije antes, las Condiciones ÖStGT sólo han sido aplicadas a los transportes por carretera a una distancia de más de 130 km. Esto fue la causa de cierta inseguridad sobre si la CMR era aplicable también a servicios nacionales de corta distancia, por ejemplo, a transportes desde y hasta lugares de transbordo (“Rollung”) y a los simples servicios de recogida y entrega. Entre tanto, los Tribunales austriacos han confirmado mi opinión¹⁷ de que por la vía del párrafo 439,a del Código Mercantil, la CMR es aplicable a toda clase de servicios domésticos de transporte, incluso a transportes de muy corta distancia.

15 de la Motte en Thume, Comentario al CMR, Art. 1 CMR, nota 25 y ss.

16 Cfr. Helm, art. 31 CMR, nota 27.

17 Csoklich RdW 1990, 368.

3. Resumen

Todas las partes interesadas, sean transportistas, transitarios, remitentes, destinatarios, aseguradores o abogados, pronto se han hecho a la nueva situación¹⁸ y la mayoría de ellos están satisfechos con esta fórmula. Desde luego, incorporando la CMR al Derecho nacional también hemos importado todos los problemas relativos a la interpretación de la misma, como por ejemplo el art. 29 o el capítulo VI. Ahora, en los litigios relativos a transportes nacionales, tenemos que tratar los mismos problemas e incertidumbres que los servicios internacionales presentan bajo el régimen CMR. Pero, ¿qué ley no se presta a diversas interpretaciones? También así numerosos problemas vinculados a la situación jurídica previa se han resuelto simplemente incorporando la CMR.

Y lo que es más importante: por el solo hecho de estar aplicando al transporte nacional las reglas CMR, hasta ahora ningún problema serio ha surgido.

En Austria podemos considerarnos afortunados de haber plenamente incorporado las reglas CMR al Derecho nacional; esto ha sido un gran paso hacia la unificación jurídica y sin duda ha incrementado la estabilidad, previsibilidad y consistencia del Derecho del transporte por carretera. Desde nuestra experiencia, recomendamos sin reservas la aplicación de la CMR al transporte nacional. Por supuesto, el legislador alemán ha tenido un propósito mucho más ambicioso al crear toda una nueva ley para el transporte nacional, aplicable a casi todos los modos de transporte, y en cuanto a la CMR, se conformó con transformarla solo parcialmente en normativa aplicable al transporte nacional. Sin embargo, en la medida en que la situación puede juzgarse desde otro país, este amplio propósito no ha satisfecho a las partes implicadas y por el contrario parece haber creado nuevas incertidumbres y menor previsibilidad en las Sentencias de los Tribunales. En tanto que el comparativamente mucho menos sofisticado y menos ambiciosos método del legislador austriaco ha demostrado ser más exitoso.

Es una lástima que el legislador austriaco haya tenido la valentía de abordar tan radical armonización de régimen jurídico entre el transporte internacional y nacional sólo para la carretera y no para otros modos de transporte. Pues por ejemplo acaba de modificar la ley para transporte aéreo nacional creando un sistema nuevo y distinto tanto del Convenio de Varsovia como del Convenio de Montreal; e igual sucede con la ley para el transporte nacional por ferrocarril. Desde mi punto de vista, una similar armonización sería deseable para toda clase de contratos de transporte.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

¹⁸ Verkehr 1990, H 6, 16; Jesser, ecolex 1990, 600.

EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS A TRAVÉS DE LOS ALPES Y LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE COSTES DE INFRAESTRUCTURA

Por

Mariella SCHURZ

Abogada

Miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU

(Austria)

1. La Directiva sobre costes de infraestructura

El transporte de mercancías a través de los Alpes es una actividad de gran interés económico y político en Austria, y por ello está presente no sólo en los debates entre expertos sino también muy a menudo tema presente en los medios de comunicación.

Últimamente se ha suscitado una delicadísima controversia jurídica concerniente al pago por el uso de autopistas, a cargo de los transportistas, que se me brinda como ocasión para referirme a la importancia de las Directivas europeas reguladoras del transporte nacional transalpino de mercancías por carretera.

A los peajes por el uso de carreteras y autopistas afectan dos ámbitos de normas comunitarias.

En primer lugar está el impacto de estos peajes en el transporte nacional. El otro espacio afectado es la armonización de estos peajes teniendo en cuenta su naturaleza fiscal. Sobre la base de los artículos 75 y 99 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, se aprobó una Directiva relativa a los costes de infraestructura. Se trata de la Directiva 93/89 CEE¹, que contiene la regulación principal sobre peajes y costes por el uso de estas vías.

Por la Sentencia de 5 Julio 1995, el Tribunal de Justicia anuló dicha Directiva 93/89 del Consejo por infracción de procedimiento. Sin embargo, se ha establecido que los efectos de referida Directiva sigan vigentes hasta que el Consejo adoptase otra. Esta nueva Directiva 1999/62 CEE² sustituye a aquélla, aunque conserva inalteradas la mayor parte de sus definiciones. En cambio, en la regulación de la exacción de los peajes se han producido varias modificaciones respecto a la Directiva anulada.

1 Directiva 93/89 CEE del Consejo de 25 Octubre 1993 sobre aplicación por los Estados miembros de tasas sobre ciertos vehículos usados en el transporte de mercancías por carretera y peajes por el uso de ciertas infraestructuras

2 Directiva 1999/62 CEE del Parlamento y del Consejo de 17 Junio 1999 sobre imposición de peajes a vehículos pesados por el uso de ciertas infraestructuras

La Directiva 1999/62 CEE entró en vigor en 20 Julio 1999, y debía ser puesta en aplicación por los Estados miembros en 1 Julio 2000.

Varias son las finalidades básicas a que se encamina la regulación contenida en esta nueva Directiva. El primer propósito es eliminar las distorsiones a la libre competencia entre empresas transportistas de los diversos países miembros. Este objetivo se debería conseguir, por una parte, armonizando los diferentes sistemas de exacción dentro de la Unión Europea, y de otro lado, estableciendo mecanismos justos y transparentes de cobro de estos costes de infraestructura a los transportistas.

Otra meta de la nueva Directiva es la reducción de la polución. Así, todos los países miembros contribuirían a la protección del medio ambiente invirtiendo un porcentaje del importe de los peajes en programas al respecto. Es más, los estados miembros impondrían peajes de diferente cuantía en función del nivel de emisión de cada vehículo. El peaje más alto será un 50 % más caro que el peaje ordinario aplicable a los vehículos que cumplan los niveles más estrictos de emisiones.

También se permite diferenciar peajes en base a la desviación de costes causada por los vehículos.

Una tercera intención importante es la expansión equilibrada de la red de carreteras en la Unión Europea.

Hay acuerdo en que todos estos objetivos sólo pueden ser alcanzados por etapas, pese a que ya suponen un considerable progreso.

Para un mejor entendimiento, es importante definir los términos más relevantes de la Directiva sobre costes de infraestructura:

- "Autopista significa una carretera específicamente diseñada y construida para el tráfico rodado, aislada de los inmuebles situados en sus límites"³. Debe estar construida en dos calzadas, una para cada sentido de la circulación, que deben estar separadas mediante una franja donde no se permite circular. En ningún punto presenta intersecciones con otras carreteras, con vías para ferrocarril o para peatones.

- "Peaje significa el pago de un importe concreto previsto para un vehículo que recorra la distancia entre dos puntos en infraestructuras⁴ como autopistas, carreteras de varios carriles, pasos de montaña, túneles y puentes. La tarifa debe estar calculada en función del tipo de vehículo y la distancia.

3 Art. 2, letra a), de la Directiva 1999/62 CEE del Parlamento y del Consejo de 17 Junio 1999

4 Art. 2, letra b), de la Directiva 1999/62 CEE del Parlamento y del Consejo de 17 Junio 1999

- "Peaje de usuario significa el pago de una cantidad determinada que confiere al titular de un vehículo el derecho a usar durante un periodo de tiempo dado⁵ las antes mencionadas infraestructuras.
- "Vehículo significa un medio de transporte motorizado o conjunto articulado de ellos, cuya finalidad exclusiva es el transporte de mercancías por carretera"⁶. Su peso máximo autorizado tiene que ser superior a doce toneledas..

Los peajes no deben ser en modo alguno discriminatorios. Además, para garantizar su eficacia, no se impondrán formalidades extraordinarias en su pago, y queda prohibida la introducción de cualquier obstáculo a su funcionamiento dentro de las fronteras intra-comunitarias. El desembolso de estos peajes debe ser posible en todo momento, y con diversos medios de pago. No será posible imponer al mismo tiempo más de un peaje por el uso de un solo tramo de carretera.

El importe de los peajes tiene que estar basado en el coste de desarrollo, construcción, mantenimiento y explotación de la red o autopista afectadas. Se permitirá aplicar tarifas reducidas a ciertas operaciones locales de transporte nacional que demuestren pequeño o nulo impacto en el mercado de transporte comunitario de la Unión Europea.

La exacción de los peajes no debe llevar, directa o indirectamente, a un desigual trato basado en las diferentes nacionalidades, o en los diversos puntos de origen o de destino de los vehículos.

2. La autopista del Brenner

La autopista del Brenner, con su denominación técnica como A13 une Innsbruck, capital del estado del Tirol, al paso del Brenner, en la frontera italiana. Tiene una longitud total de 34,5 km. Esta carretera es una vía rápida alpina curvilínea de importancia pan-europea pues es el camino más sensible de todo el sistema de carreteras que conecta el Norte y el Sur de Europa. La frecuentan sobre todo vehículos pesados de mercancías –de más de doce toneladas- procedentes tanto de otros países miembros de la Unión Europea como de países terceros

De acuerdo a la normativa jurídica austriaca, toda la red de autopistas de Austria, incluyendo la del Brenner, pertenece a la Federación (no a cada estado).

En 1982, toda la responsabilidad y el control del sistema de autopistas austriaco fueron trasferidos a ASFINAG, una corporación financiera perteneciente a la Federación austriaca. Su función principal es controlar

5 Art. 2, letra c), de la Directiva 1999/62 CEE del Parlamento y del Consejo de 17 Junio 1999

6 Art. 2, letra d), de la Directiva 1999/62 CEE del Parlamento y del Consejo de 17 Junio 1999

y supervisar todas las transacciones financieras concernientes a la red de autopistas de Austria. Además, ASFINAG se encarga de planificar, construir y mantener toda la red de vías de alta velocidad del país, que suma una longitud de 2000 km.

Cada año, 20 billones de kilómetros están cubiertos por la red ASFINAG –una distancia equivalente a ir 26000 veces a la Luna y volver⁷.

Hasta 1997, la Alpen Straßen AG, una empresa perteneciente a y controlada por ASFINAG y los estados de Tirol y Vorarlberg, era responsable de la administración, mantenimiento, operaciones y desarrollo de la autopista del Brenner. Conforme a la Ley sobre financiación de infraestructuras de 11 Septiembre 1997, toda la responsabilidad relativa a dichas funciones ha sido transferida a ASTINAG.

La autopista del Brenner es una de las cinco rutas (autopistas de Pyhrn, Tauern y Brenner, y túneles de Arlberg y Karawanken) en que se cobran tarifas adicionales a las del sistema Austriaco de peajes.

Los vehículos de un peso máximo autorizado hasta 3'5 toneladas deben pagar una tasa anual por el uso del conjunto de la red austriaca de autopistas. Desde 1 Enero 2004, otros vehículos de peso máximo autorizado superior a esa magnitud de 3'5 toneladas deben pagar una tasa que se recauda de un modo enteramente electrónico, usando tecnología de microondas.

Debemos subrayar que la del Brenner es una autopista en los exactos términos del art. 2,a de la Directiva 1999/62 EC del Parlamento y del Consejo de 17 Junio 1999, y el peaje impuesto se ajusta a los criterios exigidos por el art. 2,b de la misma Directiva.

El sistema de peaje de la autopista del Brenner cuenta con una estación principal, situada en Schönberg, unos 10 km. Al Sur de Innsbruck, única ubicada en la misma autopista. Además, hay cuatro estaciones de peaje secundarias situadas en Stubaital, Matrei/Steinach, Nöblach y Brennersee, en diferentes puntos de acceso y salidas de la autopista.

Hay diferentes accesos a la autopista, y los diversos puntos de contacto con la misma son la razón de haber establecido secciones de distinta longitud.

A efecto de exacción de los peajes, se diferencian tres tipos de carreteras:

- El itinerario completo básicamente corresponde a la longitud total de la autopista del Brenner. Se extiende desde Innsbruck hasta la estación

⁷ Para cualquier otra información sobre ASFINAG, dirigirse a: Rotenturmstrasse 5-9, 1011 Viena (Austria)

fronteriza, a una distancia de 34'5 km. La sección de 19 km. entre Schönberg y Matrei/ Steinach también está considerada como itinerario completo. Cuando se usan itinerarios completos, el peaje se efectúa en la estación principal de Schönberg.

- Hay cinco itinerarios parciales de una longitud de entre 7 km (Innsbruck – Patsch/Igls) y 15'5 km (Matrei/ Steinach – estación fronteriza). En caso de itinerarios parciales, el peaje se paga en una de las varias estaciones secundarias existentes.

- Finalmente, hay un corto itinerario de sólo 1'5 km entre Brennersee y la estación fronteriza, para el cual el peaje se efectúa también en una de las estaciones secundarias.

No está permitido que los vehículos con un peso máximo autorizado de 7'5 toneladas o superior utilicen la carretera de uso gratuito que discurre próxima a la autopista del Brenner.

3. Procedimientos judiciales actuales^{8,9}

En la antes mencionada controversia jurídica, la República de Austria así como la entidad ASFINAG fueron demandados por incumplimiento de la Directiva 1999/62 CEE del Parlamento y del Consejo de 17 Junio 1999 sobre pago por vehículos pesados del uso de ciertas infraestructuras.

Los mayores cargos se referían a la discriminación por razón del origen o destino de los vehículos o por el uso inadecuado de los peajes recaudados en la autopista del Brenner.

La demanda estaba, por tanto, basada concretamente en infracción del art. 7, letras b) y h) de dicha Directiva.

Conforme a la Comisión, el sistema de peaje de la autopista del Brenner supone –como hemos dicho– una discriminación indirecta por razón del origen o el destino de cada vehículo. Este es el resultado de varios cambios de tarifa y la resultante diferencia de tarifas entre los diversos itinerarios. Las diferencias no se corresponden con las relativas longitudes de tales itinerarios. El precio por kilómetro en los itinerarios parciales es sensiblemente inferior que la tarifa por los itinerarios completos.

Esto sería, pues, una obvia infracción del art. 7, letra b) de la Directiva, que prohíbe toda forma de distorsión de la competencia entre empresas de transporte de los países miembros.

En contra de ello, se alegó que no se había podido incurrir discriminación directa alguna porque las diferentes tarifas de los itinerarios completos, parciales y cortos estaban basadas en criterios objetivos. Aún así, existía

8 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 Septiembre 2000, Caso C-205/98

9 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 Febrero 2004, Caso C-157/02

discriminación indirecta porque el itinerario completo es usado por la gran mayoría de los vehículos (más del 80 %), los cuales, recorriendo tal itinerario en tránsito, tienen su origen y su destino fuera de Austria. Mientras que los itinerarios parciales y cortos son generalmente usados por vehículos pesados cuyo origen y destino sí quedan dentro de las fronteras austriacas.

También se argumentó lo contrario: qué efecto tenía en las empresas de transporte austriacas la regla y su posible incumplimiento. Pues el principio de no aplicar un tratamiento discriminatorio por razón del origen o nacionalidad de los vehículos parecía querer proteger a los transportistas extranjeros, mientras el mandato de no discriminar por razón del destino parece estar protegiendo a todas las empresas comunitarias incluidas las austriacas. Así, los transportistas austriacos que usen la autopista del Brenner en tránsito y por tanto pagando más que los usuarios de trayectos parciales y cortos podrían invocar el art. 7, letra b), de la Directiva.

Conforme a la Sentencia de 26 Septiembre 2000 (caso C-205/98), dictada por el Tribunal de las Comunidades Europeas, el indebido uso de los peajes recaudados supone una infracción del art. 7, letra h) de la repetida Directiva 1999/62 CEE.

Se acordó que ningún aumento en las tarifas de los peajes quedaba justificado si no estaba directamente motivado por un incremento en los costes de la construcción, explotación o mantenimiento de las autopistas. El art. 7, letra h), de la Directiva no se refiere a todas las autopistas que dependen de ASFINAG, pero el término "red de infraestructuras"¹⁰ usado en dicho precepto incluye la del Brenner.

Más aún, fue observado que los ingresos de la autopista del Brenner decrecían a lo largo de los años, mientras que los gastos de mantenimiento y explotación constantemente subían.

Los ingresos procedentes de ventas de derechos de paso excedían del montante gastado en construcción y mantenimiento en más del 150 %. Lo cual era prueba de que no había coherencia entre el aumento de las tarifas y los costes de la autopista a que se debían referir.

No pueden aplicarse los ingresos por peajes a otra finalidad que no sea costes de infraestructura, incluidos los destinados a protección medioambiental. Pues ello conduciría a una inadmisibles distorsión de la libre competencia entre los estados miembros, que la Directiva explícitamente busca salvaguardar.

En ASFINAG, como encargada de imponer y recaudar los peajes así como de construir, mantener y explotar la autopista del Brenner, tuvo gran

10 Art. 7, letra h) de la Directiva 1999/62 CEE del Parlamento y del Consejo de 17 Junio 1999 sobre imposición de peajes a vehículos pesados por el uso de ciertas infraestructuras

impacto el derecho de las empresas transportistas perjudicadas a pedir el reintegro de lo indebidamente pagado. Esta es la única vía de corregir la distorsión a la libre competencia entre los países miembros de la UE.

El derecho a pedir la restitución de lo pagado en exceso no puede decaer cuando los peajes han sido recibidos por una empresa privada pero controlada por las Autoridades Federales, como es ASFINAG.

En este momento hay dos procedimientos jurisdiccionales pendientes ante los Tribunales austriacos. Tras las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ambos juicios han quedado paralizados.

Es previsible que la limitación de acciones será un planteamiento que surja en cualquier nuevo litigio. Pese a que el derecho a pedir la restitución de lo excesivamente pagado ha sido confirmado, aún no se puede afirmar con seguridad qué cantidad podrá ser reclamada.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

EL TRANSPORTE NACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA EN BÉLGICA, BAJO LAS REGLAS CMR: UNA EXPERIENCIA POSITIVA¹

Por

Jacques PUTZEYS

Profesor emérito de la Universidad Católica de Lovaina

Ex - Presidente de la Comisión Jurídica de IRU

Abogado (Bruselas)

Bélgica, situada en el centro de Europa, es, y ha sido siempre, un país de tránsito, pacífico o bélico. Desde Julio César, ha visto pasar ejércitos enteros en todas direcciones, y ha conocido numerosas ocupaciones, de las que ha conservado una tradición de tolerancia pero también un espíritu fundamentalmente libre.

Por este "estado de tránsito", Bélgica sabe perfectamente el valor de la economía de los transportes. Sufre sus inconvenientes (congestión de sus vías de comunicación, etc.), pero sobre todo sabe aprovechar sus ventajas (puertos de Amberes y Zeebrugge, vías de navegación interior, seguros marítimos y de transporte, empresas de transporte internacional...). Los últimos estudios económicos muestran que Bélgica está situada en el "triángulo de oro" europeo y que su territorio será cubierto por depósitos para almacenaje y distribución.

En Bélgica se han elaborado numerosos Convenios internacionales.

Y, sobre todo, Bélgica es un país muy pequeño. Si no hubiera habido las guerras de religión en el siglo XVI, la parte media del imperio de Carlos V desde luego no hubiera reventado y no se hubiera tenido que reconstruir mediante una Unión: el BENELUX, artificial y sin alma.

País, pues, de reducidas dimensiones -su eje máximo es de 300 kilómetros.- Bélgica tiene por tanto necesariamente una vocación internacional. Al mirar por la ventana -podríase decir-, los belgas vemos terreno "extranjero" (aparte de que las fronteras trazadas por el Congreso de Viena de 1815 también son artificiales).

Teniendo en cuenta esos elementos geográficos e históricos se comprende por qué los belgas, incluso en nuestro propio país, vivimos con una

¹ Este estudio fue objeto de mi Conferencia pronunciada, a invitación de la Fundación Francisco Corell en Madrid, el día 11 Diciembre 2002. Para su publicación en el libro "In Memoriam" dedicado a mi amigo y colega D. Francisco Sánchez Gamborino ha sido puesta al día en 2 Marzo 2005.

mentalidad internacional y bajo un régimen uniforme: el de la norma internacional².

1. La situación actual

Desde la entrada en vigor, en 10 Julio 1999, del art. 38 de la Ley de 3 Mayo 1999³ todos los transportes de mercancías por carretera tanto nacionales como transfronterizos han quedado en Bélgica sometidos a la Convención CMR.

Dicha Ley de 3 Mayo 1999 es, sobre todo, una norma de ordenación administrativa del transporte por carretera (reguladora del acceso a la profesión, organización de la actividad, etc.), ajustada al Derecho comunitario; bajo este aspecto entraron en vigor a partir del 1 Enero 2003 sus normas de aplicación (Real Decreto de 7 Mayo 2002 y Orden Ministerial de 8 Mayo 2002), publicadas en el Boletín Oficial -"Moniteur belge" (M.B.)- de 30 Mayo 2002. Esta Ley sustituye a la de 1 Agosto 1960, que tenía la misma finalidad de ordenación administrativa pero que no contenía una disposición semejante a dicho art. 38. Este precepto es el que introduce en el ordenamiento jurídico belga las reglas CMR, y dice así:

"1. Las disposiciones del art. 1, apartados 2 y 3, así como los arts. 2 a 41 de la Convención reguladora del contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, en abreviatura Convención CMR, firmada en Ginebra el 19 Mayo 1956 y aprobada por la Ley de 4 Septiembre 1962, así como las Disposiciones del Protocolo a dicha Convención, firmado en Ginebra el 5 Julio 1978 y aprobado por la Ley de 25 Abril 1983, serán aplicables al transporte nacional de cosas (sic) por carretera.

2. Los arts. 1 a 7 y 9 de la Ley de 25 Agosto 1891, que modifican el título del Código de Comercio relativo a los contratos de transporte, no serán aplicables al transporte de cosas (sic) por carretera.

3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 precedentes no se aplicarán: 1^o) a los transportes postales efectuados en el marco de un servicio público; 2^o) a los transportes funerarios; 3^o) a las mudanzas.

2 El transporte ferroviario nacional está sometido al Convenio CIM/COTIF en virtud de la Ley de 21 Marzo 1991 (M.B. 27 Marzo 1991). El transporte aéreo nacional se rige por el Convenio de Varsovia-La Haya-Guadalajara desde las leyes de 7 Abril 1936 (M.B. 24 Septiembre 1936), 30 Julio 1963 (M.B. 22 Noviembre 1963) y 1 Abril 1969 (M.B. 8 Agosto 1969). Las Reglas de La Haya-Visby de 1924-1968 han quedado igualmente incorporadas al ámbito nacional mediante el art. 91 de las Leyes Marítimas de 28 Noviembre 1928 (M.B. 11 Enero 1929) y 11 Abril 1989). Finalmente, el transporte fluvial nacional en la práctica sigue las Reglas del Rhin. (N. Del T.- "M.B." es la abreviatura de "Moniteur Belge", diario oficial en que se publican las leyes equivalente al Boletín Oficial del Estado -BOE- español).

3 Ley relativa al transporte de cosas por carretera (M.B. 30 Junio 1999).

4. *Las acciones de repetición (o sea, de segunda reclamación) derivadas de los contratos de transporte de mercancías por carretera deberán, para no quedar prescritas, ser formuladas dentro del plazo de un mes a contar desde la notificación que da lugar a la acción de repetición.*

5. *A los efectos de aplicación del presente título, el comisionista de transporte quedará asimilado al transportista en lo que concierne a sus obligaciones y sus responsabilidades contractuales".*

Inmediatamente observamos que:

- Primero, se ha evitado la adopción formalmente íntegra de la CMR (que incluyera su art. 1,1 que limita su ámbito de aplicación al transporte internacional, y sus arts. 42 y ss. sobre su firma y ratificación como Convenio internacional, etc.);

- Segundo, hubiera podido prescindirse del apartado 2 del art. 38 de la Ley belga, sobre exclusión de los transportes postales, funerarios y mudanzas (puesto que la CMR en su art. 1,4 ya dice eso mismo);

- Tercero, para la acción de recobro (o segunda reclamación de quien ya fue condenado por un Tribunal, contra tercero) el plazo queda fijado en sólo un mes; puede plantearse la cuestión de la sanción de prescripción en vista de lo declarado por la "Cour de Cassation" -nuestro Tribunal Supremo- desde su Sentencia de 25 Mayo 1984⁴, según la cual las acciones de recobro del transportista contractual contra el transportista efectivo quedan también sometidas al art. 32,1 de la CMR;

- Y cuarto, el comisionista de transporte⁵ queda asimilado al transportista.

2. Evolución histórica

Sin remontarnos a los llamados "Derechos y costumbres de Amberes", que ya en 1480 organizaron⁶ el seguro de los buques y de sus cargamentos y por esa vía los riesgos de transporte, ni a la Ordenanza de Luis XIV referente a la Marina de 1681, comenzaremos por aquello que es común a España y Bélgica: el Código Civil de Napoleón, de 7 Marzo 1804, que, en el Título VIII, Libro III, regula el contrato de transporte entre los de

4 Por su Sentencia de 25 Mayo 1984 (Jur. Port Anvers, 1985, pp. 98-110), la Cour de Cassation ha declarado que las acciones de recobro que el transportista contractual, emplazado ante el Tribunal por el remitente, ostenta contra el transportista subcontratado en todo o en parte (al que la avería, la pérdida o el retraso es efectivamente imputable) quedan sometidas al art. 32,1 de la Convención CMR. Esto significa que si la suspensión y la interrupción de la prescripción se rigen por la ley de la jurisdicción actuante (art. 32,3 CMR), los plazos de prescripción son imperativamente los del art. 32,1 del CMR. El párrafo 4 del antes citado art. 38 parece, pues, en contradicción con esta Jurisprudencia de la Cour de Cassation.

5 Según la Ley de 26 Junio 1967 (M.B. 27 Septiembre 1967) "será considerado comisionista de transporte toda persona física o jurídica que, mediante remuneración, se compromete a efectuar transporte de mercancías haciendo en nombre propio ejecutar ese transporte a terceros".

6 Título IV -"Van Contracten van rechten ende Costumen van Antwerpen"-, edición 1644. Assurantien.

arrendamiento de obra e industria. Quiero subrayar que este Código napoleónico en sus artículos 1782 a 1787 contenía ya lo esencial del Derecho de los transportes terrestres, y en ellos, con un poco de imaginación, se podría ver su desarrollo posterior⁷.

Posteriormente se promulgó el Código de Comercio (francés) de 10 Septiembre 1807. Al cual fue añadido, tras muchos años de gestación, el 25 Agosto 1891 (M.B. 26 Agosto 1891) un Título numerado como VII bis - denominado "Del contrato de transporte"- cuyo Capítulo primero rige todos los transportes, tanto de personas como de mercancías⁸. (El Capítulo II se refiere concretamente al transporte por ferrocarril).

En una época en que se sabía escribir las leyes, este Capítulo primero del Título VII bis del Código mercantil contenía sólo 10 artículos y ha constituido en Bélgica el Derecho común de los transportes terrestres - de todos los modos de transporte terrestre, salvo algunas leyes especiales- hasta el presente. Sólo a partir de la referida Ley de 3 Mayo 1999 ha dejado de ser aplicable a los transportes comerciales de cosas o mercancías por carretera, incluida la distribución. Sigue siendo, pues, aplicable, a los servicios de transporte de personas y a algunos -muy pocos- de mercancías; por ejemplo, mediante tracción animal.

De especial interés, su artículo 8 establece un procedimiento de peritación en caso de rehusa de los objetos transportados, según el Derecho nacional al cual reenvía el artículo 16,5 de la CMR. Dice así:

Art. 8.- En caso de rehusa de los objetos transportados, o de contestaciones a su recepción, será verificado su estado, a petición de parte interesada, por uno o tres expertos nombrados por resolución del Presidente del Tribunal de Comercio en respuesta a un cuestionario.

El destinatario de los objetos transportados será convocado a esa verificación mediante carta certificada que indicará su día y hora.

La resolución puede decidir el depósito o embargo de los objetos, así como su traslado a un local público o privado.

También puede ordenar su venta en favor del transportista o del comisionario hasta el montante que le es debido por razón del transporte. Esta venta tendrá lugar públicamente en la localidad que determine al Presidente después de transcurridos al menos tres días completos ("jours francs",⁹) después de la notificación al destinatario y al remitente. Este plazo queda ampliado al doble cuando alguno de los interesados resida en el extranjero.

7 Ver nuestro trabajo "El Código Civil, ¿basta a los transportistas?", presentado en el I Congreso virtual del IDEF, 2004.

8 Obsérvese que la Ley belga de 1999, como su precedente de 1960, habla del transporte de "cosas", mientras que la Convención CMR se refiere al de "mercancías".

9 Es decir, no incluidos en ese plazo ni el día inicial de cómputo ("dies a quo") ni el último ("dies ad quem").

En caso de urgencia el Presidente puede abreviar estos plazos. La resolución no es susceptible de impugnación ni de apelación. Será ejecutable inmediatamente ("sur minute").

La Ley de 1891, lo mismo que el Código Civil, tiene únicamente un alcance supletorio. Conforme al art. 1134 del Código Civil, "los acuerdos legalmente establecidos tienen fuerza de ley entre quienes los adoptaron", y por consiguiente prima la autonomía de la voluntad, únicamente limitada por las reglas de orden público y las imperativas.

De esta situación de autonomía de la voluntad, en que se basa la economía libre o de mercado, algunos han abusado en función de su posición dominante. Ya fuesen transportistas respecto a cargadores inexpertos -éste es el origen de la llamada Harter Act-; ya fuesen poderosos remitentes frente a transportistas, en ocasiones reducidos a la esclavitud.

En los años 1970, las organizaciones profesionales representando a los transportistas por carretera, a los auxiliares o comisionistas de transporte, al comercio y a la industria, se pusieron de acuerdo sobre unas Condiciones Generales, luego reproducidas al dorso en la casi totalidad de las cartas de porte, tanto para transporte nacional como para el internacional.¹⁰

La primera Condición General admitida por todas las partes negociadoras quedó así redactada:

"El presente documento es una carta de porte y constituye el contrato entre las partes. Este contrato se rige, incluso para el transporte interior, y por expreso acuerdo de las partes, por las disposiciones de la Ley de 4 Septiembre 1962 que aprueba la Convención reguladora del contrato de transporte¹¹ de mercancías por carretera -CMR-¹²."

10 En Bélgica, desde la Ley de 1 Agosto 1960, es obligatorio el uso de carta de porte, que además tiene que ser ajustada al modelo oficialmente aprobado. Desde 1967 este modelo es precisamente el de IRU, que incluye las siglas "CMR" y la expresión de que "Este transporte está sometido, pese a cualquier cláusula contraria, a la Convención relativa al contrato de transporte por carretera -CMR-" (Orden ministerial de 11 Septiembre 1967, modificada en 5 Septiembre 1978). Lo que ha dado lugar a peripecias administrativas, a veces de tono cómico. La uniformidad ha sido vuelta a poner en cuestión a raíz de desafortunadas iniciativas de ciertas asociaciones profesionales. Ver el anexo 8 de la Orden Ministerial de 8 Mayo 2002, M.B. del 30 Mayo 2002, que impone un modelo oficial y único. La distribución y los transportes a corta distancia (menos de 25 km.) podrían y siguen pudiendo utilizar documentos simplificados y listas de bultos cargados (N. del T.- "IRU" son las siglas correspondientes a "Unión Internacional de los Transportes por Carretera", de que ASTIC es miembro español, y de cuya Comisión de Asuntos Jurídicos el Prof. Putzeys, autor del presente texto, fue durante muchos años Presidente).

11 Sic, se omitió el calificativo "internacional".

12 La Sentencia de la Cour de Cassation de 8 Noviembre 2004 -aún no publicada-, considera que la Convención CMR no puede aplicarse de oficio a los servicios de transporte por carretera; sino que es necesario -según dicha Sentencia- un contrato donde se diga expresamente.

Como es sabido, la alegación de existencia de condiciones generales queda sometida, en todos los ámbitos, al requisito de prueba; pero en Bélgica esto no ha presentado casi ninguna dificultad, ya que esas Condiciones Generales constituan verdaderamente el "ius communis" o Derecho comúnmente aceptado. Hubo sólo algunas discusiones ante los Tribunales, sobre todo a propósito del plazo de prescripción -seis meses, según la Ley de 1891- que fue considerado como de orden público y por tanto no susceptible de ser ampliado contractualmente a un año, plazo -el de un año- que, como es sabido, establece el art. 32,1 de la CMR.¹³

Esta situación de consenso -a la que llamaríamos "pax CMR"- no fue sin embargo respetada por todos los cargadores. Algunos, abusando de su poder económico, intentaron imponer a los transportistas sus propias condiciones contractuales, desde luego mucho más favorables a dichos usuarios. Por eso, durante más de 25 años, las Organizaciones de transportistas, agrupadas en el seno de la hoy extinguida F.N.B.T.R, han luchado por obtener el régimen uniforme hoy establecido: la CMR para todos¹⁴ y toda clase de servicios, y nada más que la CMR.

Desde este momento diré que todo el mundo se adaptó rápidamente al régimen CMR, hasta el punto que el único seguro disponible en el mercado es el que cubre los riesgos CMR. Luego volveremos sobre ello.

3. Diferencias fundamentales

Ya hemos dicho que el cambio esencial producido el 10 Julio 1999¹⁵ fue el paso de un régimen tradicionalmente liberal -dentro de los límites del orden público y también del equilibrio contractual, conforme a la evolución de la Jurisprudencia- a un régimen jurídico riguroso e imperativo, como es la CMR.

Debo subrayar el hecho de que desde la elaboración de la CMR en 1956 sus autores, más inspirados en la Convención ferroviaria CIM de 1952 que en las Reglas de La Haya marítimas de 1924, pretendieron proteger al transportista por carretera considerándole como la parte más débil en la relación contractual con el cargador. Es importante recordarlo al momento de tener que elegir. Cuando se puede elegir.

13 Sentencia de la Cour de Cassation de 4 Diciembre 2004.

14 Las Organizaciones de cargadores presentaron alguna objeción a esta Ley, pero no respecto a la incorporación de las reglas CMR, sino en el ámbito de la ordenación del transporte, y más concretamente, en el ámbito de las infracciones administrativas, cuando se establecía su corresponsabilidad sobre las mismas.

15 En Bélgica, las leyes y reglamentos entran en vigor, salvo que en ellos se disponga otra cosa, a los diez días de su publicación en el "Moniteur belge".

Si todas las Organizaciones de transportistas belgas han peleado tanto tiempo, primero para lograr un consenso respecto a la CMR por la vía de Condiciones Generales, y después a nivel parlamentario, para que la aplicabilidad de sus reglas fuera promulgada como Ley, es porque en efecto nuestras Asociaciones estuvieron -y siguen estando- convencidas que esa era la elección acertada, aquella que conviene a los intereses de los transportistas, sus miembros.

Dicho esto, la Ley de 1999 no ha aportado más que una protección suplementaria: la obligación para todos de someterse a las reglas de la CMR.

De hecho la situación no ha cambiado y la entrada en vigor de esta Ley ha pasado desapercibida en las relaciones contractuales, como ha demostrado una encuesta realizada entre las Organizaciones más representativas.

La Ley de 1891 –es decir, el Código de Comercio, que se supone regía sus contratos- era prácticamente desconocida, como hemos dicho.

Por tanto, la experiencia de pasar al régimen jurídico obligatorio de la CMR ha de valorarse como muy positiva, especialmente para los transportistas y distribuidores, que, no teniendo obligación de utilizar una carta de porte CMR, no se veían "contractualmente" protegidos por las disposiciones de la Convención CMR.

Como estoy hablando a transportistas españoles, hay un punto importante a considerar, cual es el límite máximo de indemnización. Que no es un tanto alzado fijo ("forfait") a pagar en todo caso: pues, lo que se indemniza es el daño efectivo, con ese tope máximo.

Como es sabido, este límite está fijado en la CMR (art. 23,3) en 8'33 Derechos Especiales de Giro por kilo de mercancía perdida o dañada. Que, según el reciente cambio que yo he utilizado, a 18 Febrero 2005, equivalen a 9,6920 euros/kilo.

Más del doble que el límite actual en España: 4'5 euros/kilo.

Creo que esto es el "cassus belli", el punto de conflicto para los transportistas españoles -que no para sus compañeros belgas-.

En efecto, la Ley belga de 1891, como el Código Civil en general o en Francia la Ley Rabier, no preveían límite alguno, sin perjuicio de la posibilidad de su fijación por vía contractual, sobre todo desde que los aseguradores ofrecían como cobertura su póliza CMR. Con la adopción de la CMR sí está su responsabilidad limitada.

Pondré un ejemplo, ocurrido en la realidad¹⁶: la pérdida por un transportista de un paquete conteniendo carteles publicitarios. El conjunto de la remesa se componía de cuatro paquetes, cada uno de 20 kilos; los cuatro paquetes contenían carteles, pero no completos, sino partes de cartel; cada cartel estaba dividido en cuatro partes: A, B, C y D, y en cada paquete se había metido la totalidad pero sólo de una de esas cuatro partes: el primer paquete encerraba todas las partes A, el segundo todas las partes B, etc. De manera que la pérdida -como sucedió- de una sola de esas cuatro partes impedía montar los carteles. El transportista, a quien ningún valor había sido declarado, fue condenado a pagar una fortuna: no sólo el daño emergente o "damnum emergens" (valor del paquete perdido) sino también el lucro cesante o "lucrum cessans" (pérdida de beneficio por ausencia de publicidad). Bajo el régimen CMR -entonces, aún no implantado- la reclamación se hubiera saldado con el equivalente a 194 euros (20 kilos x 8'33 DEG x 1'16350 = 194 euros).

No sé si se dispone en España de una estadística sobre el valor de las mercancías transportadas, pero podemos afirmar sin riesgo de equívocos que la gran mayoría no alcanza el montante de 8'33 DEG (9'6920 euros), es decir, el límite CMR, por kilo. El resto de mercancías -una pequeña parte-, más susceptibles de pérdida, sobre todo por robo, ciertamente supera con mucho ese importe, pero en tales casos sus remitentes saben que pueden hacer una declaración de valor superior (cosa demasiado infrecuente, aunque legalmente prevista) o bien contratar ellos mismos un seguro que cubra el exceso.

Soy consciente de que la situación en España es muy otra¹⁷. El límite aquí es de 4'5 euros por kilo (art. 23,1 de la Ley 29/2003 de 8 Octubre); lo que representa por ejemplo, para un cargamento promedio de 25 toneladas que se perdiera en su totalidad, una indemnización de 112500 euros.

Pero, aclaremos las cosas:

a) Primero, como hemos dicho, el límite de 8'33 DEG no es una cantidad a pagar en todo caso (tanto alzado o "forfait"), como tampoco un valor de referencia, sino un techo máximo absoluto (salvo en la aplicación excepcional del art. 24 de la CMR, es decir, con declaración de valor). Lo que se indemniza -con un límite o con otro- es el valor efectivo de la mercancía perdida o dañada;

b) Segundo, el valor de la mercancía se fija según los criterios del art. 23: se trata del valor usual o de mercado. Pregunto: ¿no sería razonable fijar convencionalmente este valor antes del transporte o incluso en un

16 Citado en mi libro "El contrato de transporte de mercancías por carretera", nº 861.

17 Sánchez-Gamborino, F.J.: "La CMR en tant que loi applicable au transport national". Études offertes à Barthélémy Mercadal. Éditions Francis Lefebvre. Levallois-Perret (Francia), 2002; págs. 513-521.

anexo a la carta de porte?. La cuestión merecería un examen en profundidad que no podemos hacer en este momento, máxime teniendo en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que -aún- no se ha pronunciado sobre un semejante acuerdo¹⁸.

Otro frecuente motivo de oposición es el supuesto incremento en la prima del seguro de transporte que la elevación de ese límite de responsabilidad conllevaría. En efecto, éste es también una especie de "monstruo del Lago Ness" que se hace salir del agua cuando se habla de fijar un límite máximo que algunos consideran demasiado alto¹⁹. Pero los transportistas tampoco deben tener ese miedo: *las primas no tienen por qué subir con el aumento del límite de responsabilidad*.

Las primas de seguro no son fijadas -como se dice en medios jurídicos- "ne varietur et in abstracto", es decir, de modo genérico y sin posibilidad de variación, para un sector como por ejemplo el del transporte por carretera. Sino, muy al contrario, ese cálculo se hace a partir de un estudio de mercado, teniendo en cuenta las estadísticas de siniestros, el montante del conjunto de indemnizaciones, y el comportamiento concreto de la empresa a asegurar. Al menos este es el método universalmente seguido y mucho me extrañaría que fuera diferente en España.

Por tanto, antes de tomar partido en uno u otro sentido sería necesario un estudio profundo de las consecuencias que el paso de 4'5 DEG a 8'33 DEG tendría sobre el seguro de responsabilidad -lo que los transportistas españoles llaman "seguro LOTT"- . El cual estudio, que yo sepa, nunca se ha hecho de manera científica y objetiva; ni en España ni tampoco en otros lugares.²⁰

Añadiré como constatación obvia que este paso a 8'33 DEG por sí mismo no aumentará el número de siniestros ni su importancia. La masa indemnizatoria, al final a repercutir sobre todos los asegurados -todo seguro es mutuo- permanecerá constante. Suponiendo que las primas de seguro de responsabilidad (como se suele llamar en España, "seguro LOTT") pagadas por los transportistas aumentasen por razón de ese cambio -lo que está por demostrar-, las primas del seguro de mercancías tendrían necesariamente que bajar, ya que los aseguradores tendrían entonces que cubrir sólo el excedente en relación a 8'33 DEG en lugar de sobre 2'68 DEG.

18 Sentencia de 20 Junio 1989 (Repertorio de Aranzadi nº 4705). (N. del T.- Esta Sentencia estudió un caso de daños a la mercancía transportada, debidos a mala estiba, a cuya indemnización fue condenado el transportista; no existiendo declaración de valor, el Tribunal declaró aceptable un Certificado emitido por una Cámara de Comercio, en forma de máximo y mínimo, entre los que el Juzgador puede decidir -Fundamento de Derecho Tercero-).

19 Así está ocurriendo ahora mismo en el ámbito del transporte fluvial, con la elaboración, por la Comisión Central para la Navegación en el Rhin y por la Comisión del Danubio, de disposiciones coordinadas a nivel internacional en materia de responsabilidad por los daños causados en el transporte de mercancías peligrosas (CRDNI). En la sesión recientemente celebrada en Estrasburgo el día 11 Octubre 2002, donde se trataba de fijar un techo de indemnización a pagar por los transportistas, sus aseguradores declararon que el montante de ese límite máximo de responsabilidad no tenía efecto alguno sobre la prima.

20 Mercadal, B.: Synthèse des travaux du Colloque IRU-IDIT. Rouen (Francia), 14 mai 1998, page 85.

En cualquier caso, la experiencia ha demostrado que, en condiciones normales de mercado, la incidencia referida es mínima, prácticamente nula: la suma de las dos primas permanece constante; se trata, pues, de una cuestión de reparto de costes. Siempre según la encuesta entre las Organizaciones de transportistas belgas, que he estudiado y a que antes he aludido, habría muy pocos siniestros y la mayor parte de ellos se resolvería por vía amistosa pretendiendo cada parte mantener la buena relación recíproca.

Otra cuestión, quizá de menor incidencia, pero a la que también quisiera referirme: ¿Puede ser el respectivo límite máximo de responsabilidad el elemento que determine la elección por el usuario de un modo de transporte u otro?. La revista francesa "Bulletin des Transports et de la Logistique" (París) en su nº 2957 (7 Octubre 2002) publicó un "panorama modo por modo" de las limitaciones de indemnización vigentes en Francia. Son de una enorme variedad, incluso dentro de cada modo. (Me refiero aquí a Francia, a falta de datos de Bélgica, ya que no tenemos diferencias reglamentariamente fijadas). A saber:

A) Carretera

- Envíos de más de 3 toneladas: 14 euros/kilo, con un máximo de 2300 euros por tonelada.
- Envíos de menos de 3 toneladas: 23 euros/kilo, con un máximo de 7500 euros por tonelada.
- Temperatura dirigida: 14 euros/kilo, con un máximo de 4000 euros por tonelada.
- Objetos indivisibles: 6000 euros por envío.

B) Ferrocarril

- Nacional: 23 euros/kilo.
- Internacional: 17 euros/kilo.

C) Marítimo, (régimen de 1966): 898'64 euros/bulto o 2'70 euros/kilo.

D) Aereo, nacional e internacional: 22'35 euros/kilo.

E) Ferroutage (camión sobre vagón ferroviario): 1830 euros por tonelada, con un máximo de 45800 euros por conjunto.

Está claro, pues, que *la cuantía del límite de indemnización no es lo que determina la elección de modo de transporte.*

De un trabajo realizado en la Universidad de Amberes durante el presente año acerca del transvase modal, en el que personalmente asumí el estudio de sus aspectos jurídicos, se concluyó que las oportunidades reales de cambio de modo de transporte eran casi inexistentes, y que la decisión venía impuesta por diversos factores, empezando por la disponibilidad de transportista; el precio era un elemento accesorio y jamás fue

tenido en cuenta el límite de indemnización, cuya respectiva cuantía además los cargadores generalmente ignoraban²¹.

4. Otras diferencias

Salvo por el límite máximo de indemnización, el régimen CMR casi no ha supuesto en Bélgica innovación alguna respecto a lo establecido en los Códigos Civil y de Comercio. Es sólo la influencia del Derecho anglosajón lo que en algunos ámbitos puede hacer surgir alguna diferencia.

Así sucede con el concepto de "fuerza mayor" que, en nuestro Derecho Civil, se concibe como "insuperable e imprevisible" (o sea, se exige la concurrencia de los dos requisitos sumados), mientras que en el art. 17,2 de la CMR se define como "circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo obviar", lo que en realidad es más favorable al transportista ya que desaparece el requisito de imprevisibilidad: basta que el daño sea inevitable, para que el transportista quede exonerado de responsabilidad.

También hay diferencia a propósito de la llamada "*culpa lata*", que deja sin efecto el límite de indemnización; esa culpa muy grave procedente del Derecho romano, intraducible al inglés si no es mediante una perífrasis: "culpa imputable al transportista, que, según la Jurisdicción actuante, es considerada como equivalente al dolo".

Sin duda existen otras diferencias, sobre todo en la terminología; aunque éste no parece lugar y momento para examinarlas. Otros antes que yo ya lo han hecho y en particular nuestro amigo y colega Francisco José Sánchez-Gamborino en su Ponencia al Symposium IRU-IDIT de 1998.

Al cual amigo por cierto quiero agradecer públicamente su amable traducción al español del presente texto, así como las observaciones introducidas para su mejor comprensión, que demuestran una vez más su sólido conocimiento de la convención CMR. Yo, que amo España y su preciosa lengua, y que he sido peregrino del Santo a que corresponde mi nombre, Jacques (= en español, Santiago), llego a poder preguntar "¿Dónde está el Camino?", pero para luego seguirlo ya necesito un poco de ayuda.

Añadiré unas breves palabras sobre la Jurisprudencia belga en lo que se refiere a su interpretación de la CMR. Considerando sólo la dictada por la "Cour de Cassation", es decir, por nuestro Tribunal Supremo, puedo destacar como ideas básicas las siguientes:²²

21 En Enero de 2004 y de 2005 se han celebrado en Bruselas dos Coloquios de tipo "Rail meets road" (encuentros entre el transporte por ferrocarril y el transporte por carretera); en ellos se ha confirmado que la elección modal no queda determinada por el precio, sino por otros factores como la accesibilidad, la fiabilidad y la disponibilidad del transportista.

22 Puede consultarse también las crónicas de M. Krings, en Revista de Derecho Uniforme (R.D.U.), de UNIDROIT, 1999, 140 y 767.

1. La aplicación de la Convención CMR requiere la existencia de un contrato que tenga por objeto el transporte de mercancías por carretera; esta condición no se cumple cuando el contrato no determina el modo de transporte, ni de las circunstancias de la relación entre las partes deriva que éstas pretendan precisamente un transporte por carretera (Art. 1,1 CMR - Sentencia de 8 Noviembre 2004).

2. El comisionista de transporte queda totalmente equiparado al transportista (desde el punto de vista de la prescripción: Sent. 30 Mayo 2002); la transferencia global a otra empresa de una orden de transporte no supone un "transporte sucesivo" en el sentido del capítulo VI de la CMR (Sent. 31 Junio 1995);

3. El destinatario deviene parte en el contrato de transporte y en tal concepto ostenta derecho de reclamación (Sent. 13 Junio 1980); su asegurador de la mercancía puede renunciar a la acción de recobro contra el transportista, y esa renuncia no es nula en el sentido del art. 41,2 de la CMR (Sent. 9 Abril 2000);

4. Ninguna disposición de la CMR regula las obligaciones relativas a las operaciones de carga y la descarga de la mercancía (Sent. 19 Mayo 2000); los hechos liberatorios a que se refiere el art. 17,4 no pueden ser probados mediante reservas (Sent. 9 Diciembre 1999);

5. El art. 29 de la convención CMR se refiere únicamente al "dolo", nunca a la "culpa", ni siquiera cuando ésta, aunque no intencionada, fuere consciente (Sents. 27 Enero 1995 y 30 Marzo 2000);

6. Las reglas aplicables a la prescripción se consideran de orden público (Sent. 9 Abril 1981), así también como las aplicables a la suspensión de la prescripción regulada por el art. 32,2 de la CMR, suspensión que puede ser producida por el escrito de un asegurador (Sent. 7 Noviembre 1983); la cual suspensión además se mantiene hasta la devolución de todos los documentos que acompañaron a la reclamación incluso si se trata de meras copias (Sents. 27 Septiembre 1984 y 7 Enero 2000); y finalmente,

7. En cuanto a las indemnizaciones:

- la declaración de valor prevista en el art. 24 de la CMR tiene que ser necesariamente inscrita en la carta de porte, no bastando con que figure en un documento anexo a la misma, ni siquiera sea éste un documento de carácter aduanero (Sent. 10 Febrero 1994);

- los intereses tanto de demora en un pago amistoso como el llamado "interés legal del dinero" devengado en vía judicial quedan fijados por igual en el tipo del 5 por ciento previsto en el art. 27 de la CMR (Sent. 17 Septiembre 1987).

- La disposición del art. 23,4 de la CMR según la cual, en caso de pérdida total o parcial de la mercancía, además de la indemnización a su cargo, el transportista está obligado a reintegrar el precio del transporte, los

derechos de aduana y otros gastos incurridos con ocasión del transporte de la mercancía, sin tener que pagar otros perjuicios, implica una restricción, a saber, que no se deberá reparar ningún otro daño consecuencial; sin embargo, esta restricción no constituye un límite a la regla ya referida según la cual el transportista es responsable de los otros gastos, como los necesariamente vinculados al transporte tal como el transportista debió efectuarlos (Art. 23,4 CMR – Sentencia de 30 Mayo 2002).

8. El art. 31,1 de la Convención CMR no contiene disposición alguna relativa a la forma ni a la redacción de una cláusula atributiva de competencia, en virtud de la cual todos los litigios a los que un transporte sometido a esta Convención puede dar lugar pueden ser sometidos a los Tribunales de los países miembros de la misma, de manera que, habida cuenta también del art. 71,1 del Reglamento nº 44/2001 del Consejo de 22 Diciembre 2000, esos aspectos quedan sometidos al Derecho nacional que rige el contrato entre las partes (Art. 31,1 CMR – Sentencia de 29 Abril 2004).

5. Reenvío al Derecho nacional. Interpretaciones. Integración

De nuevo, sin entrar en detalle, recordemos que la Convención CMR no regula todos los aspectos jurídicos del contrato de transporte.

En primer lugar, hemos de decir que concierne a la prueba del contrato y a su ejecución, no a su formación. Cómo y cuándo nace el contrato, corresponde al Derecho nacional determinarlo. En Bélgica, la Sentencia de la "Cour de Cassation" de 8 Noviembre 2004 merecerá un análisis en profundidad.

Por otra parte, hay numerosas ocasiones -cuando se trata de procedimiento a seguir, por ejemplo, en caso de rehusa de la mercancía por el destinatario, o en materia de interrupción de la prescripción, etc.-, en que la CMR reenvía a la Ley nacional; lo cual lleva a una indeseable comparación entre regímenes nacionales, para ver cuál es más favorable a nuestro interés y, por tanto, ante el Tribunal de qué país presentar la reclamación -lo que en la jerga jurídica se conoce como "forum shopping"-. Dicho sea de paso, la prescripción de un año en la CMR es lo único que ha sorprendido a los belgas, acostumbrados a la de seis meses.

Lo más grave, en mi opinión, es la ausencia de una jurisprudencia uniforme, o -diría- de un control de la uniformidad de la jurisprudencia. No se puede acudir al Tribunal Internacional de Justicia (de que habla la CMR en su art. 47), ni siquiera para rectificar interpretaciones claramente erróneas, como la dada por el Tribunal Supremo de Italia a los arts. 1 a 4 de la CMR²³.

23 Este Tribunal italiano equivocadamente considera que se aplica la Convención CMR al contrato de transporte sólo cuando existe un acuerdo al respecto entre las partes, hecho constar expresamente en la carta de porte.

Cada Jurisdicción de un Estado miembro interpreta y aplica este Convenio según sus propios criterios y sensibilidad nacionales (por ejemplo, la idea de "culpa grave", en Francia; o de "culpa equiparable a dolo", en Bélgica; o de la "consciencia sobre esa culpa", en Holanda), cuando al contrario lo lógico sería que una Convención internacional -como la CMR- recibiera una interpretación autónoma y propia, sin esas influencias nacionales.

Esta situación podría cambiar -hemos de estar atentos a ello- si la CMR se convirtiera en Derecho comunitario. Incluso si actualmente la Comisión no parece dispuesta a legislar a este respecto, es claro que la situación anárquica actual resulta difícilmente sostenible. Por otra parte, la posibilidad de que el transportista efectúe transporte de cabotaje implica, además de tener que conocer la convención CMR, también la obligación para el transportista de estar familiarizado con tantos ordenamientos jurídicos nacionales como países en cuyo territorio quiere trabajar, incluso en viaje de retorno: actualmente, ya 25.

Austria en 1990, Bélgica en 1999, y Portugal en 2003, ya han adoptado la CMR como ley aplicable a sus transportes nacionales. Los países del Este ya han entrado en la Unión Europea y deberán adaptar su Derecho comercial a las reglas de la economía de mercado. Queda, sin embargo, una seria duda en cuanto a su intención de hacer de la CMR su ley común, pues sus derechos nacionales son hoy favorables a los transportistas.

Por tanto, a corto término, la situación es absurda e insostenible, y esta anarquía repercute en una distorsión de la competencia, sobre todo a propósito de los famosos 8'33 DEG: el cargador preferirá confiar su mercancía a un transportista más "generoso", que ofrezca ese límite indemnizatorio CMR, más alto. Por ejemplo -si tiene ocasión- jese cliente establecerá su centro de distribución en una localidad de la frontera francesa, para así acogerse al régimen CMR! ¿No es eso absurdo?

El único medio para salir de esta situación es que el Derecho comunitario acoja la CMR, añadiendo unas disposiciones complementarias uniformes²⁴.

Incluso si la Unión Europea está hoy considerada como una "organización regional de integración económica", se ha llegado a autorizar a la misma a ser "Estado miembro", como ha ocurrido en el art. 48 de la reciente Convención, elaborada por UNIDROIT, relativa al establecimiento de garantías internacionales sobre bienes de equipo móviles (aprobada en Ciudad El Cabo, en 16 Septiembre 2001). Este no sería exactamente el mismo caso para la CMR, que para ser adoptada por la Unión Europea, como miembro, necesitaría una modificación además imposible de conse-

24 A la manera de los Principios generales de los contratos internacionales, elaborados por UNIDROIT en 1994. (N. del T.-"UNIDROIT" es la abreviatura de Instituto para la Unificación del Derecho Privado, Organismo Internacional de carácter gubernamental, con sede en Roma, del que forman parte Bélgica y España, entre otros muchos países de todo el mundo, dedicado a preparar Convenios internacionales, entre ellos los de transporte, como la propia CMR).

guir. Lo que tendría que hacer la Unión Europea sería simplemente asumir el contenido de la CMR, sin cambiar ni una sola coma del mismo, al revés de lo que erróneamente han hecho otras Organizaciones regionales: OHADA (África)²⁵, MERCOSUR (América del Sur) y ALENA (Estados Unidos, Canadá y Méjico), que han fabricado "su propia versión CMR". Esa adopción tal cual, en bloque, sería la vía para llegar, al menos en Europa, si no a la completa armonía, sí al menos a una verdadera armonización.

Además, la CMR como Derecho comunitario tendría una importancia enorme en orden a la unidad jurisprudencial, ya que entonces el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se convertiría en garante de esa uniformidad, y autonomía en su interpretación, por la vía del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Puede pensarse que incluso los estados no miembros de la UE en la práctica seguirían esa jurisprudencia.

Termino con una advertencia a los lectores transportistas. En los trabajos del reciente Congreso celebrado en Roma (27-28 Septiembre 2002) para conmemorar el 75 Aniversario de UNIDROIT²⁶ se ha concluido que el Derecho internacional está en riesgo de desaparecer por efecto de la integración económica regional. Se han formado grupos de estados, varios ya aludidos: ALENA (Estados Unidos, Canadá y Méjico), MERCOSUR (América del Sur), ASEAN (Asia), Unión Europea, etc.; cada uno reivindica el Derecho a organizarse en su interior. Pero algunos entienden por tal imponer su hegemonía económica y política, como ha sucedido en los proyectos de Estados Unidos de América, de acuerdo con el Comité Marítimo Internacional, al pretender un Convenio que regule el transporte, no "de puerto a puerto" sino "de puerta a puerta"²⁷. Es decir, absorbiendo el tramo terrestre.

Pues bien, fíjense en lo que les voy a decir: o los transportistas de carretera forman un bloque, en torno a la IRU, y ésta se dispone de verdad a dar la batalla -lo que no ha hecho hasta ahora, pese a su Resolución de 10 Mayo 1994-, o de lo contrario serán "devorados", uno tras otro, por los expedidores marítimos y sus amigos. En manos de Uds. está.

Bruselas, 2 Marzo 2004.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

25 OHADA = Organización para la Armonización en África del Derecho de los Negocios, creada por el Tratado de Port-Louis de 17 Agosto 1993. Del mismo son parte 16 Estados africanos (África central = zona Franca + Guinea). Su objetivo es, particularmente, poner a disposición de cada Estado miembro reglas comunes y modernas, adaptadas a la situación económica. Las instituciones de la OHADA incluyen un Consejo de Ministros que adopta "por unanimidad" las Actas uniformes, que desde entonces son directamente aplicables a cada uno de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes. Ver el artículo "L'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route", por LACASSE, Nicole y PUTZEYS, Jacques, en la revista *European Transport Law*, 2003/6, pp. 673 y ss. Este Acta es prácticamente una copia de la Convención CMR.

26 "Harmonisation mondiale du droit privé et intégration économique régionale" –en particular, "Tendances unificatrices et désunificatrices dans le droit des transports de marchandises; perspectives-, que será publicada en *Revista de Derecho Uniforme (R.D.U.)*, de UNIDROIT, en 2003.

27 Proyecto de la CNUDCIA/CN.9 – ver nuestro trabajo "El derecho de transportes en el seno de las Naciones Unidas", en *Revue de Droit Uniforme*, 2001-2.

EL TRANSPORTE POR CARRETERA NACIONAL EN ESPAÑA: CONCEPTO, CLASES Y JURISPRUDENCIA

Por

Nicolás DÍAZ MÉNDEZ

*Magistrado-Presidente de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid
Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid*

1. Introducción

Es práctica común comenzar cualquier reflexión sobre el contrato de transporte haciendo referencia a la relevante importancia del transporte en la vida social y económica, lo que nadie cuestiona, pues, cual señala Broseta, gracias a los transportes se aproximan las materias primas a los centros de producción y de éstos los productos manufacturados a los centros de distribución y a los consumidores; aunque sí es preciso distinguir con el profesor Sánchez Calero que una cosa es el transporte en sentido económico y otra muy diversa que la obligación de prestación del transporte derive directamente de un contrato; lo precedente lleva a una primera delimitación cual la distinción entre transporte por cuenta propia, (denominados privados en la Ley 16/1987 de 30 de Julio, sobre Ordenación de los Transportes Terrestres (en lo sucesivo, LOTT), esto es, cuando el propietario de las cosas, ajeno a la actividad del transporte, dispone por sí mismo de medios de transporte para realizar el desplazamiento de aquéllas, y transporte por cuenta ajena, (denominados públicos en la LOTT), esto es, el de mercancías de ajena propiedad por un profesional del transporte; en ambos supuestos coinciden, con carácter general, los elementos económicos del transporte, no así los elementos jurídicos, pues en el primer supuesto el transporte se ve afectado por normas o regulación administrativa, que también afectarán al segundo, pero en éste adquiere especial relevancia el aspecto mercantil, o más concretamente el contrato por virtud del cual surge la relación jurídica entre los diversos elementos personales que intervienen en la relación de transporte, no dándose en el primer supuesto este elemento contractual en lo que al transporte se refiere, pues nadie contrata consigo mismo.

De señalar es cómo con el tiempo la necesidad del transporte trasciende del ámbito interno, o nacional, al ámbito internacional, lo que a su vez impone o exige también una regulación legal de ese transporte de ámbito internacional, siendo de citar al respecto la Convención CMR hecha en Ginebra el 19 de Mayo de 1986, reguladora del contrato de transporte internacional de mercancías por carretera.

2. Concepto de contrato de transporte

No contiene el Código de Comercio, ni tampoco el Código Civil, una definición del contrato de transporte, pero si existe general coincidencia en la doctrina en el concepto del contrato de transporte, con distintas definiciones dadas en doctrina, con elementos comunes en

todas ellas, así Uría lo define como "aquél por el que una persona (porteador) se obliga, a cambio de un precio, a trasladar de un lugar a otro a un bien o persona determinados, o a ambos a la vez"; Sánchez Calero como "aquél por el cual el porteador se obliga, mediante precio, a trasladar de un lugar a otro a personas o cosas"; Garrigues como "un contrato consensual por el que una persona llamada porteador se compromete, mediante precio, a realizar las operaciones necesarias para trasladar una cosa material de un lugar a otro, bajo su propia custodia"; en definición más extensa y descriptiva y en relación con el transporte de cosas, Francisco José Sánchez-Gamborino lo define como "el acuerdo jurídico entre dos partes, mediante el cual una de ellas --llamado "transportista"-- se compromete, mediante precio, a trasladar una cosa material o mercancía de un lugar a otro, bajo su propia custodia, siguiendo las instrucciones de la otra parte --llamada "remitente"--, y a entregar esa mercancía a un tercero --llamado "destinatario"-- designado por el remitente, en las mismas condiciones que el transportista la recibió, dentro de un determinado plazo de tiempo si así se hubiere acordado; y ambas partes, a cumplir las restantes obligaciones que el Derecho tuviere establecidas".

Para una delimitación del contrato de transporte terrestre, recordemos que la L.O.T.T. en su art. 1, califica como tal, bien sea de mercancía o de personas, "aquéllos realizados en vehículos automóviles que circulen sin camino de rodadura fijo, y sin medios fijos de captación de energía, por toda clase de vías terrestres urbanas o interurbanas, de carácter público, y asimismo de carácter privado, cuando el transporte que en los mismos se realice sea público"

3. Elementos personales del contrato de transporte:

Son los siguientes:

a) "transportista" o "porteador", persona que asume directamente la obligación de realizar el transporte, siendo ya de adelantar que caben fórmulas plurales;

b) "remitente" o "cargador", persona, física o jurídica, que, ya sea directamente o como intermediario de transporte, solicita la realización del transporte en nombre propio y frente a la cual el porteador asume, en virtud del contrato, la obligación de efectuarlo.

c) "expedidor", la persona, física o jurídica, que entrega las mercancías al porteador para su transporte, que podrá ser el propio cargador o una persona distinta.

d) "destinatario" o "consignatario", persona, a la que se han de entregar las mercancías o efectos transportados, una vez finalizado el transporte, persona que puede coincidir con la del remitente, se trata, salvo este último caso, de un tercero que irrumpe en el contrato no convenido por él para adquirir derechos y obligaciones. Naturaleza jurídica de esta figura

discutida en doctrina: para Sánchez Calero nos encontramos ante un supuesto de contrato a favor de tercero, Uría no estima necesario acudir a tal figura, pues señala que la verdadera causa o razón de los derechos y obligaciones del destinatario se encuentra en la naturaleza de título de tradición de la carta de porte.

e) "mediadores", esto es, quienes en nombre propio contratan con el remitente hacer transportar la mercancía, acudiendo a transportistas que ejecutan materialmente el transporte;

El mediador ocupa ante el usuario la posición del transportista, y ante el transportista efectivo la posición de remitente, así resulta de los artículos 275 y 379 del C. de C. y arts. 120.2 de la LOTT y 159.2 ROTT; siendo de destacar de entre los mediadores las siguientes figuras:

a') transitarios: según Enrique Mapelli, persona natural o jurídica que por cuenta de terceros y en forma habitual, proyecta, controla, coordina y dirige todas las operaciones necesarias para efectuar transporte internacional de mercancías por cualquier modo, y presta los servicios complementarios necesarios para ultimar y llevar a buen fin las operaciones que le sean encomendadas; art 126 LOTT señala las funciones de los mismos

b') agencias de transporte: definidas en el art. 120 LOTT.

A las empresas intermediarias (SAP de Baleares de 14-1-2002, SSTS 11-10-1996 Y 13-2-1999, entre otras) les son aplicables en bloque todas las reglas del Código de Comercio sobre el contrato de transporte, ad exemplum art. 379, en el cual los "comisionistas de transporte" que contratan con el usuario, aunque no ejecuten por sí mismos el transporte, sino que recurren para ello a un porteador efectivo, adquieren frente al usuario iguales derechos, obligaciones y responsabilidad que el propio transportista (art. 121. final y 126.1 de la LOTT, y art. 159.2 ROTT), en el caso de actuar entre ellas por red y por cuenta ajena, en interés del comprador de las mercancías, (art. 120.2, 126.1.a y concordantes de LOTT, y art. 159.2, 167.2 y concordantes del ROTT), ello sin perjuicio del derecho de repetición, una vez indemnizado el usuario, para reclamar contra el porteador culpable de la pérdida, (SAP Baleares Secc.5ª de 12-4-02 y Secc. 4ª de 31-7-00, y Secc. 3ª de 24-2-99, entre otras)

El cargador contrae la obligación de entregar la cosa que va a ser objeto de transporte en condiciones aptas para el transporte, momento desde el cual comienzan las obligaciones para el porteador, art. 355 C. de C., pudiendo uno y otro exigirse mutuamente que se extienda la carta de porte, art. 350 C. de C., así como que el segundo puede hacer reconocimiento de los bultos ante el cargador y testigo o notario, los gastos que se ocasionaren por este reconocimiento y de volver a cerrar cuidadosamente los bultos serán de cuenta del porteador, si resultare cierta la declaración del remitente, en caso contrario lo serán de cuenta del cargador, arts. 356 y 357 C. de C.

4. Naturaleza jurídica de contrato de transporte

No tan pacífica se muestra la doctrina a la hora de determinar la naturaleza jurídica del contrato de transporte, Sánchez Calero, indica que la opinión dominante se inclina a considerarlo como un contrato de obra, con cita de la STS de 11 de Junio de 1951, a la que es de añadir la de 31-5-1985, para continuar señalando, de tal manera que el porteador sólo cumple su prestación si ofrece a la otra parte el resultado prometido de la transferencia de la cosa y este resultado ha de ser, en principio, completo e indivisible; Uría lo viene a considerar como contrato autónomo, especial y típico, diferenciado de las otras figuras contractuales mercantiles, que ofrece el doble carácter de sinalagmático y oneroso; Enrique Mapelli sin desconocer las muy poderosas razones que existen, quizá cada día más señaladas, para opinar que este contrato es autónomo, especial y típico, señala que no se puede perder de vista cuál es la finalidad, el objetivo que con el mismo se pretende. Independientemente de otras prestaciones que son meramente subsidiarias y coadyuvantes, las partes no tienen otro objetivo que el traslado; y trasladar es realizar una obra, el situar una cosa desde un lugar a otro, y ello tiene trascendencia cuando al no realizarse esta obra la parte que ve incumplido el compromiso pretende la reparación consiguiente.

5. Clases de contrato de transporte

De entre los varios criterios clasificadores del contrato de transporte, como pudieran ser atendiendo al medio por el que se produce: terrestre, marítimo y aéreo o mixto; atendiendo al objeto del contrato: de cosas, de personas y mixto; por su propia naturaleza y legislación aplicable: civil y mercantil, distinción que se ha de realizar desde lo dispuesto en el art. 349 del Código de Comercio.

En atención al número al número de porteadores: En caso de varios o pluralidad, se han formulado varias clasificaciones:

Sánchez Andrés separa tres figuras: la del transporte unitario con subtransporte, la del llamado transporte con reexpedición y el transporte cumulativo. Haciendo definición de cada una de tales figuras, la primera caracterizada por el dato de que el porteador se obliga frente al cargador a realizar la totalidad del transporte, de modo que el uso eventual del subtransportista agota sus efectos en las relaciones internas entre los porteadores, configurándose dichos subtransportistas como simples agentes o sustitutos del porteador principal, único responsable del incumplimiento; se da una superposición de dos o más relaciones jurídicas contractuales, situadas en planos distintos, por lo que se ha podido decir que más que pluralidad de porteadores en un contrato, lo que hay es una pluralidad de contratos.

La segunda figura, transporte con reexpedición, tiene como característica la de que el primer porteador se obliga frente al cargador a efectuar el transporte correspondiente a una parte del trayecto, comprometiéndose a estipular suplementariamente un nuevo contrato de transporte

que cubra la parte restante del recorrido por cuenta del mismo cargador, pudiendo decirse que el transportista asume una doble posición, respondiendo de la parte del trayecto que ejecuta por sí mismo y como comisionista en relación con el contrato que estipula por cuenta de quien le confió la carga.

La tercera, transporte cumulativo, caracterizada por el hecho de que varios porteadores se obligan solidariamente, de forma contemporánea o sucesiva (pero siempre a merced de un único contrato) a transportar las mercancías a su destino, de modo que cada cual ejecuta únicamente la parte de recorrido que le corresponde, si bien la estructura solidaria del vínculo determina que cada uno quede responsable de la totalidad del transporte, siendo obligados directos los diversos porteadores frente al cargador.

Gómez Calero sigue igual distinción, si bien denominando combinado al por Sánchez Andrés denominado cumulativo. Enrique Mapelli presenta una clasificación más amplia, distinguiendo:

a) transporte simple o unitario, el que se realiza en un único vehículo desde el lugar de origen al de destino, sin que se produzca cambio ni transbordo;

b) transporte simple fraccionado, especie del anterior, en el que el porteador bien por no poseer servicio directo sin interrupción entre origen y destino o por cualquier otra causa, en un punto determinado transborda de un medio a otro, siempre de su pertenencia y bajo su operación, la mercancía respectiva;

c) transporte mixto, aquel en que en el mismo medio y viaje se transportan cosas y personas;

d) transporte sucesivo, que se realiza de forma escalonada de uno a otro porteador, amparada la expedición en un solo compromiso contractual, pero siendo el modo utilizado de una misma naturaleza, es decir, todo terrestre, todo marítimo o todo aéreo;

e) transporte combinado, denominado también como transporte segmentado, aquel en que se combinan varios modos de transporte, aunque sucesivamente, con el fin de conseguir un objetivo único cual es que la mercancía sea trasladada, enlazadamente, desde un punto inicial de origen a otro final de destino, son varios porteadores los que llevan a cabo, cada uno en la parte que les corresponde, la operación, y el usuario se encuentra sometido cada vez que utiliza los servicios de un porteador, a un régimen jurídico diferente;

f) transporte complementario, el que se lleva a cabo por el propio y único porteador o por porteadores diferentes, a fin de situar la mercadería en el vehículo que va a realizar el transporte concertado, se trata de colaborar con el transporte principal, haciéndolo posible, ya que la cosa no

tiene acceso directo al vehículo en cuyo interior debe realizarse la traslación correspondiente;

g) transporte de acarreo, como especie del complementario, pues tiene como finalidad el acercamiento de las mercancías hasta el vehículo en que van a ser transportadas, diferenciándose del anterior sólo en el menor recorrido, se lleva a cabo, por lo general, dentro de los recintos, estaciones, puertos y aeropuertos desde los cuales ha de iniciarse la operación de transporte contratada, y,

h) transporte multimodal internacional, por tal se entiende el porte de mercancías por dos modos diferentes de transporte por lo menos en virtud de un contrato de transporte multimodal, desde un lugar situado en un país en que el operador de transporte multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega, situado en un país diferente.

Francisco José Sánchez-Gamborino, con referencia a la Convención CMR, distingue como hipótesis de intervención de pluralidad de transportistas, por uno o varios modos de transporte:

a) transportes por superposición, cuando para la ejecución de un contrato de transporte de mercancías, un vehículo ya cargado con tales mercancías es a su vez transportado, sin ruptura de carga, sobre o en otro vehículo, del cual se desembarca todavía cargado, señalando como modalidades más comunes, vehículo de carretera sobre tren ("ferroustage", en España "ferrocarrilera") y vehículo de carretera sobre buque ("transroulage");

b) supuestos de sustitución del transportista contratante por otra persona a cuyos servicios recurra;

c) transportes sucesivos por carretera, supuesto en que un servicio de transporte es efectuado, bajo un solo contrato con el usuario, por dos o más transportistas por carretera, que intervienen de manera consecutiva, a partir del primero, cada cual en tramo o trayecto siguiente al que cumplió el transportista precedente.

6. Contenido del contrato

Partiendo de las precedentes consideraciones generales descendemos al examen del contenido del contrato de transporte terrestre, lo que hacemos comenzando por indicar que no se trata de un contrato formalista, sino consensual, esto es, se perfecciona por el mero consentimiento, (SAP Barcelona 10-2-2003 que cita las SSTS de 12-12-1968, 8-3-1982 y 17-5-1993, entre otras) sin necesidad de requisitos de forma, por mas que prevea y regule una forma concreta de exteriorización (la carta de porte), que sirve de prueba fehaciente de su existencia, de modo que su ausencia no afectará ni a la existencia ni a la validez del contrato de transporte. Cabe por ello, sin que padezca su eficacia vinculante ni se altere el régimen normativo aplicable, que las partes omitan esa determinada forma de documentación y la sustituyan por otro tipo de documento que cumpla la

misma función por recoger, al margen de los datos subjetivos y objetivos delimitadores de la vinculación, los demás pactos conformadores del contenido obligacional.

Aun existiendo la carta de porte, pueden ser objeto de valoración en la regulación del contrato otros medios prueba (STS 29-7-2002).

El cargador asume, en principio, el pago del precio o porte, y cuando lo realiza antes del transporte, se dice que las mercancías viajan a porte pagado, pudiendo pactarse que el importe del transporte sea abonado por el destinatario, portes debidos.

En orden a la responsabilidad del cargador es de señalarla conforme a lo establecido en el Código de Comercio en los artículos 361 a 363,

En cuanto a la responsabilidad del porteador, se ha de señalar que la misma deriva de sus obligaciones, las que en apretada síntesis, cabe señalarlas, como la de transportar las mercancías en la forma prevista en el contrato, conduciéndolas en las primeras expediciones que pueda si no se hubiere fijado plazo para la entrega, haciéndolo por el itinerario pactado o el habitual, cumpliendo lo dispuesto en las leyes y reglamentos de la Administración pública, y entregar la cosa transportada en el lugar de destino al consignatario en el tiempo pactado, pudiendo por orden del cargador variar la persona del destinatario mediante el canje de la carta de porte si se hubiere expedido, siempre que no se produzca alteración del lugar donde deba hacerse la entrega; arts. 358, 359, 360, 368, 370 y 379 del Código de Comercio, y transportarlas en buen estado, esto es, en el mismo en que las recibió, art. 363 Código de Comercio, lo que surge de la obligación de custodia que le impone el art. 361 del Código de Comercio, respondiendo salvo los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza o vicio propia de la cosa, pero pesando sobre el porteador la carga de la prueba de la concurrencia de alguna de estas circunstancias, y aun logrando tal prueba será responsable si se demuestra que no empleó la debida diligencia, arts. 361 y 362 del Código de Comercio; en cuanto a los derechos, pueden resumirse, en el fundamental de cobrar el precio y los gastos de transporte, arts. 350-5 y 375, con los privilegios que a tal efecto le conceden los arts. 369 (depósito judicial de las cosas en caso de que por el destinatario o consignatario se le deniegue o se rehuse el recibo) y 374 y 375 (venta judicial y derecho de preferencia); así como en el de registrar los bultos que se le entreguen para ser transportados, en la forma prevenida en el art. 357, y proceder a la venta en el supuesto contemplado en el art. 362 párrafo 2º.

Requisitos para la exigencia de responsabilidad al transportista: reclamación previa dentro las 24 horas sgts. al recibo de las mercancías (SAP Valencia de 25-2-2003). Jurisprudencia al respecto: SAP Barcelona de 24-5-2000, Pontevedra de 22-5-2000)

Concreciones en orden a la responsabilidad del transportista: incendio en el camión que transporta la mercancía, sin que en la carta de porte

se hiciera constar valor de la mercancía, ni consta el valor de las mercancías perdidas (STS de 7-11-2002); transporte de productos congelados (STS de 12-9-2002); acción directa frente a la aseguradora del transportista (STS de 25-4-2002); fijación del valor indemnizable (STS de 18-6-2001, AP de Zaragoza de 12-9-2003, SAP La Coruña de 10-6-2003), determinación del concepto de dolo como exclusión del límite indemnizatorio y carga de la prueba (SAP Sevilla 13-11-2003), validez de cláusula inserta en la carta de porte, dentro del apartado de reserva y observaciones, en que la que se hace constar que “el porteador no se hace responsable de la falta de bultos o deterioro de la mercancía si la reclamación no viene acompañada de un certificado del comisario de averías” (SAP Asturias de 4-11-2003); fuerza mayor: sustracción de parte de la mercancía, en horas nocturnas, mientras el conductor dormía en el interior del camión; supuesto de robo (STS de 8-10-2003 AP Alicante de 27-2-2003) conocimiento notorio por el porteador del superior valor de la mercancía transportada (SSAAPP Zaragoza 12-9-2003 y Segovia 10-11-1999)

Cuestiones relativas a la prescripción y a su interrupción (SSAAPP de Málaga de 28-11-2003, Zaragoza 12-9-2003)

7. Transporte combinado

Por último, vamos a ocuparnos del caso en que intervienen varios transportistas en la realización de un único contrato de transporte, es decir, del transporte combinado, o sucesivo, como lo llama nuestro Código, y nuestra normativa de ordenación.

El régimen jurídico del transporte combinado interno se contiene básicamente en el art. 373 del Código de Comercio, refiriéndose tanto la LOTT como el ROTT a las formas de contratar esta clase de transporte, y a ellas cabe remitirse al respecto; importa señalar, o por mejor decir reiterar, que las obligaciones asumidas por los sucesivos porteadores se insertan en un contrato unitario de transporte, lo que no encuentra obstáculo, cual señala Gómez Segade, en su formación sucesiva, ya que ningún texto legal exige que las diferentes declaraciones de voluntad, de cuya fusión resulta el contrato, se realicen al mismo tiempo, como tampoco lo encuentra en la diversidad de medios empleados que puedan ser empleados por los distintos porteadores, pues el transporte tendrá idéntica naturaleza aunque sea diversa la base técnica sobre la que se apoya; pudiendo encontrarse la comprobación de que se trata de un transporte unitario en dos datos esenciales, uno, la circunstancia de que el precio es único y no se divide en tantas partes como trayectos recorridos, y otro, de la existencia de un único documento de transporte, aun cuando el transporte combinado no es radicalmente incompatible con la existencia de varios documentos de transporte, pero la existencia de un documento único constituye cuando menos una fuerte presunción de que nos hallamos en presencia de un transporte combinado.

Para delimitar las obligaciones y los derechos de los porteadores sucesivos, se ha de partir de las obligaciones y derechos de los porteadores singulares, más arriba indicadas.

Cada porteador queda obligado al cumplimiento de las obligaciones que se derivan para el transportista singular, mas desde la naturaleza unitaria del contrato los distintos porteadores quedan indivisiblemente obligados a la ejecución íntegra del contrato, y por tanto a la entrega al destinatario en el lugar y tiempo convenido, pero por la propia naturaleza del transporte combinado el lugar de destino en este supuesto se ha de identificar con el punto donde concluyen las diversas operaciones que lo integran, dado que los porteadores intermedios no pueden entregar al destinatario, cumpliendo su obligación de entrega con hacerlo al siguiente porteador.

Gómez Segade, siguiendo la doctrina mayoritaria, y partiendo de la indivisibilidad de la obligación asumida por los porteadores, señala los siguientes efectos:

a) El derecho de disposición del cargador puede ser ejercitado frente a cualquiera de los porteadores sucesivos en cualquier punto del itinerario.

b) Los plazos para el cumplimiento del transporte se cuentan "in totum". Los retrasos eventuales se producen a partir del momento en que debían haber llegado las mercancías al lugar de destino, no desde los respectivos lugares en que un porteador haga entrega de la mercancía al porteador siguiente.

c) El transporte debe considerarse incumplido incluso respecto de los porteadores que hayan cumplido correctamente su obligación de transporte.

d) La prescripción o decadencia de los derechos del porteador comienza a contarse en el momento en que se haga la entrega al consignatario por el último porteador.

Surge en el transporte combinado la cuestión relativa a si existe solidaridad activa entre los distintos transportistas que intervienen, lo que algún autor ha sostenido en base a la unidad de vínculos contractuales, mas la mayoría de la doctrina sostiene que no se da tal solidaridad activa, lo que es sostenible en base a que la solidaridad no se presume, art. 1137 del Código Civil, y el Código de Comercio no la reconoce a los distintos porteadores; cada porteador tiene un crédito proporcional a la parte de transporte real y directamente por él realizada, siendo ejercitable el derecho de todos los porteadores frente al consignatario por el último porteador, como expresamente señala el art. 373 párrafo 2_ del Código de Comercio, "asumirá todas las acciones y derechos de los que le hubieren precedido en la conducción", haciendo valer derechos en parte propios y en parte ajenos, sin perjuicio, claro es, de la obligación de realizar el correspondiente reembolso a los anteriores porteadores, respondiendo frente a éstos si entrega las mercancías antes de haber percibido el precio, haciendo con su conducta imposible el ejercicio de los privilegios del porteador; pudiendo considerarse que actúa en concepto de representante o

mandatario de los demás porteadores y en nombre propio respecto de la parte que le corresponda, y consecuentemente que el obligado al pago pueda oponer al último porteador, respecto de las cantidades adeudadas a cada uno de los porteadores singulares, las excepciones personales personales que contra ellos tuviese.

En cuanto a la responsabilidad de los porteadores frente a remitente y consignatario, se constituye esta responsabilidad en la cuestión fundamental dentro de la regulación del transporte combinado, y el Código de Comercio la resuelve señalando en el párrafo 3_ del art. 373 que "el remitente y el consignatario tendrán expedito su derecho contra el porteador que hubiere otorgado el contrato de transporte, o contra los demás porteadores que hubieren recibido sin reserva los efectos transportados", precepto que viene a establecer la responsabilidad solidaria de todos los porteadores, cuestión sobre la que existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia, valgan por todas Ss.TS 14-7-1987, 15-6-1994 y 23-5-1995, aun cuando algún sector de la doctrina mantiene que sería más conveniente que el cargador y el consignatario sólo pudieran dirigir su acción contra el responsable del daño, pero es lo cierto que a través de aquella solidaridad se quiere garantizar al máximo al remitente y consignatario el transporte como resultado.

Surge la solidaridad, no sólo por la asunción de una obligación indivisible, sino también por la unidad objetiva del vínculo, pero es de señalar que se dan importantes diferencias entre el primer porteador y los demás, así el primero responde siempre frente a remitente y consignatario, y ello porque ha establecido relación directa con ellos, "que hubiere otorgado el contrato de transporte" señala el art. 373-3_ inciso 1_, sin embargo los demás porteadores como también señala el mismo precepto en su inciso 2_ pueden excluir su responsabilidad cuando hubieren hecho la correspondiente reserva, "que hubieren recibido sin reserva", aun cuando esta reserva no les libera de las responsabilidades en que hubieren incurrido por su propios actos: párrafo 4 del art. 373.

La liberación de responsabilidad por la existencia de reserva, pudiera llevar a entender que contradice la antes aludida solidaridad, Gómez Segade entiende o precisa que no debe confundirse las responsabilidades de los porteadores, con la participación en las indemnizaciones por pérdidas, averías o retrasos, la primera juega en el ámbito externo frente a remitente y consignatario, y la segunda despliega sus efectos en las relaciones internas entre los porteadores, para señalar que cuando el art. 373 indica que remitente y consignatario tendrán "expedito su derecho" contra los porteadores que no hayan insertado reservas, simplemente está proclamando que los que insertaron reservas quedan excluidos de participar en las indemnizaciones debidas por el transporte, exclusión que no debe interpretarse como eliminación de responsabilidad, porque la responsabilidad y la participación en los gastos protegen intereses distintos, en consecuencia, sigue señalando, los porteadores que incluyeron reservas son responsables frente a cargador y consignatario, pero una vez satisfecha la

reclamación quedan excluidos de participar en las indemnizaciones, desplegando entonces las reservas sus efectos en las relaciones internas con los portadores, a los que podrán ser opuestas; frente a la precedente tesis, nos parece más adecuado entender la existencia de una solidaridad presunta, con presunción "iuris tantum", de todos los portadores y frente a cualquier de ellos se puede dirigir el remitente o consignatario, asumiendo aquellos legitimación "pasiva ad procesum", pero aquél que hubiere hecho la oportuna reserva, en los términos que más adelante veremos, podrá oponerla también frente al remitente o consignatario, pesando sobre él la carga de la prueba de la causa exoneratoria en función del contenido de la reserva y obviamente sin quedar liberado de las responsabilidades por hechos propios, bastando probar al remitente o consignatario el incumplimiento, en su más amplio sentido del contrato de transporte, para que en principio surja la obligación indemnizatoria de todos los portadores, correspondiendo, como decíamos, al porteador probar su exoneración en virtud de la reserva que haya hecho constar y la no relación de causalidad del contenido de ésta con el hecho generador de la responsabilidad reclamada, esto es, su falta de legitimación "ad causam".

Nicolás Díaz Méndez

EL “PRIVILEGIO” DEL PORTEADOR TERRESTRE Y SU “DERECHO DE RETENCION” SOBRE LA MERCANCÍA TRANSPORTADA

Por

Luis M. PILOÑETA ALONSO

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Oviedo*

1. Noción de privilegio del porteador

La expresión «privilegio del porteador» se utiliza tradicionalmente para designar el conjunto de derechos sobre las mercancías concedidos al porteador para garantizar el cobro de sus créditos derivados del contrato de transporte¹. Así entendido y a pesar de la diversa configuración jurídica que pueda adoptar en cada sistema, el privilegio del porteador es una institución típica del Derecho de transportes, presente en la práctica totalidad de los ordenamientos.

La primera razón de ser de estas medidas de garantía es reforzar la posición acreedora del porteador de mercancías, favoreciendo la liquidación de sus créditos de transporte y propiciando la contratación mercantil de este tipo de operaciones. Esto es lo que hace del privilegio del porteador una instrumento fundamental del tráfico económico capaz de aminorar los riesgos de impago que está llamada a soportar la empresa de transporte.

Así entendido, el privilegio del porteador constituye una expresión -más- del favor creditoris, que informa buena parte de las instituciones mercantiles. La tutela del tráfico pasa, necesariamente, por el reconocimiento a los acreedores negociales de instrumentos jurídicos eficaces para el cobro de lo que se le adeuda. En efecto, el verdadero objetivo del privilegio del porteador no es otro que la defensa de sus legítimos intereses en el ejercicio de la actividad empresarial de transportes. Por eso, jurídicamente, más que ante un privilegio propiamente dicho, nos hallamos ante un conjunto de medidas legales de diversa índole cuyo denominador común es beneficiar al porteador que, habiendo cumplido su prestación de transporte, pretende que la contraparte cumpla la suya, en el justo marco de sus respectivas relaciones negociales.

¹ Es la noción genérica de la figura que nos da A. Asquini, *Del contrato de transporte*, t. II, trad. de la 6ª edición italiana -Turín, 1935- a cargo de D. Viterbo de Frieder y S. Sentís Melendo, anotada por C. Viterbo, Buenos Aires, 1949, p. 179. En nuestra doctrina, utiliza esta misma fórmula J. Garrigues, *Curso de Derecho mercantil*, II, 6ª edic. por F. Sánchez Calero, Madrid, 1974, pp. 218-220; y es también la seguida por F. M. Sánchez Gamborino, «El privilegio del porteador en el contrato de transporte», en *Revista General de Derecho*, 1954, pp. 388 a 393, part. p. 388.

Por lo general, estas medidas de aseguramiento se concretan en la atribución al porteador de una suerte de crédito real sobre las mercancías que transporta, que se superpone a los derechos ordinarios de crédito -personal- que se derivan para él de la contratación de transporte². En cuanto tal, la función del privilegio del porteador puede consistir tanto en protegerle ante eventuales incumplimientos del deudor (poniendo a su disposición fórmulas de ejecución forzosa) como en procurarle una posición de preferencia frente a otros posibles acreedores³.

La atribución al porteador o transportista de este tipo de garantías es común a las diversas modalidades de transporte, aun cuando pueda articularse jurídicamente de manera distinta, en función de las peculiaridades de cada una. Paralelamente, suelen tener como contrapunto otras establecidas en favor de cargadores o destinatario sobre los medios o vehículos utilizados para el traslado de las mercancías⁴.

Así las cosas, el objetivo del presente trabajo es llevar a cabo un análisis básico del contenido y alcance del denominado privilegio del porteador en nuestro sistema de transportes terrestres, partiendo de sus fundamentos dogmático-positivos y tratando, en la medida de lo posible, de dar respuesta satisfactoria a algunas de las cuestiones más problemáticas que rodean a la institución, para devolverle su antigua virtualidad práctica o -al menos- sentar las bases de una futura y ojalá que próxima reforma.

2. La figura en el Derecho español

A) Régimen sustantivo

En nuestro ordenamiento y por lo que respecta a la modalidad de los transportes terrestres, la regulación «sustantiva» del privilegio del porteador se reparte entre las disposiciones de los Códigos de Comercio y civil y, más recientemente, la normativa dictada para la ordenación administrativa del sector, que toma como marco la Ley 16/1987.

1. Código de Comercio

El Código de Comercio dedica varios preceptos a regular las garantías concedidas al porteador de mercancías en aras a reforzar su posición

2 Vid. J. Garrigues, Curso de Derecho mercantil, II, cit., p. 218; A. Sánchez Andrés, s. v. «Transporte (Derecho Mercantil)», en Enciclopedia Jurídica Básica, t. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 6649 a 6656, part. p. 6654.

3 J. M^o. Garrido comienza su Tratado de las preferencias del crédito (Madrid, 2000) clasificando las instituciones dirigidas a la «tutela del crédito» en estos dos grandes bloques, según la diversa función que están llamadas a desempeñar en el tráfico (p. 29).

4 Aunque menos conocidas que las establecidas en el marítimo, en el ámbito de los transportes terrestres aparecen referidas en el artículo 372.2 del Código.

de acreedor contractual y facilitar el cobro de sus créditos. En ellos se contienen diversas medidas que van desde la finalización de su prestación hasta la atribución de carácter preferente a su crédito, pasando por una fórmula expeditiva de cobro.

En primer lugar, el Código atribuye (art. 369) al porteador la facultad de instar el depósito judicial de la mercancía, a disposición del cargador o de tercero con mejor derecho, en caso de que el destinatario no se halle en el domicilio indicado en la carta de porte, rehúse el envío o deniegue el pago de los portes. Dicho depósito surtirá todos los efectos de la entrega, por lo que su realización permitirá al portador poner fin a su prestación de transportar y le eximirá de seguir respondiendo ex recepto por la custodia de la mercancía⁵. Al propio tiempo, constituye también una medida de carácter instrumental llamada a facilitar la aplicación de otro tipo de garantías, orientadas al efectivo cobro por el porteador de su contraprestación por el transporte.

De igual modo, el Código de Comercio (art. 374) faculta al porteador para exigir la venta judicial de la mercancía conducida, en cantidad suficiente para cubrir el precio del transporte y los gastos que hubiese suplido, cuando los destinatarios a quienes se hubiera hecho entrega de aquella difirieran el pago de los gastos y portes más de veinticuatro horas a contar de su recepción⁶.

El Código reconoce, además, al porteador un derecho a cobrarse sobre las cosas transportadas, cuando declara (art. 375) que las mismas se encuentran especialmente obligadas -rectius afectas- al cumplimiento de las obligaciones de pago del precio y de los derechos causados por ellas durante su conducción⁷ o hasta el momento de su entrega. Este derecho especial tiene una vigencia limitada, prescribiendo a los ocho días de

5 El precepto está tomado del Código de 1829 y reproduce sustancialmente el contenido de su antiguo artículo 222, con la -importante- salvedad de incluir entre sus presupuestos, junto a las dos únicas situaciones contempladas en este último (esto es, la ausencia y el rechazo del destinatario) también la negativa del mismo al pago de los portes y gastos de la operación. Vid. ya J. Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, II, cit. p. 219.

6 También esta norma sigue muy de cerca lo establecido en el artículo 230 del Código de Sainz de Andino, con una pequeña variación de estilo y suprimiendo la alusión que hacía este último al requisito -por lo demás lógico- de la ausencia de reclamación por el destinatario «sobre desfalco o avería» en los géneros recibidos. El término de veinticuatro horas, contado a partir del recibo de las mercancías, es el mismo que el artículo 219 de aquel primer Código (paralelamente a nuestro artículo 366) disponía para que tuviera lugar «la reclamación contra el porteador por daño o avería que se encontrare en ellas al abrir los bultos, con tal que no se reconocieran en la parte exterior de éstos las señales del daño o avería que se reclame».

7 En casi los mismos términos, se expresaba el Código de 1829 en la primera parte de su artículo 228 que, acto seguido, hacía referencia a la sucesiva transmisión de este derecho «de un porteador a otro hasta el último que haga la entrega de los géneros, el cual reasumirá en sí las acciones de los que le han precedido en la conducción», para el supuesto de que intervinieran en la operación varios porteadores sucesivos. El Código vigente ha incorporado la segunda parte de dicho precepto a su artículo 373, dedicado, como es sabido, a los transportes llevados a cabo en virtud de pactos o servicios combinados.

haberse hecho la entrega; y, una vez prescrito, la condición del porteador pasa a ser la de un acreedor ordinario⁸.

Antes de que la Ley Concursal lo derogase expresamente⁹, el artículo 376 del Código (al igual que antes hacía el artículo 231 del Código de 1829) disponía que la preferencia del porteador al pago de lo que se le debiera por el transporte y los gastos de los efectos entregados al destinatario no se vería interrumpida por la quiebra de éste, siempre que la reclamación se hubiera formulado dentro de los ocho días siguientes a la entrega. Ello permitía a los porteadores, en caso de quiebra del destinatario -deudor del transporte-, hacer valer su preferencia sobre las mercancías transportadas como titulares de uno de los derechos de prelación establecidos en el Código de Comercio, en el marco de lo dispuesto por el -también derogado- artículo 913.2º. En la actualidad, la poda de privilegios llevada a cabo por la Ley Concursal ha privado al porteador de la posibilidad de hacer valer su derecho de preferencia sobre las mercancías transportadas cuando el titular de éstas haya sido declarado en concurso. El privilegio del porteador pierde, de este modo, su antigua virtualidad concursal y queda fuera de la lista selectiva de los créditos con privilegio (especial o general) que establece la Ley Concursal.

2. Código civil

El Código civil, al tratar de la concurrencia y prelación de créditos, en un precepto de alcance más general (art. 1.922), alude entre los créditos que gozan de preferencia «con relación a determinados bienes muebles del deudor» a los créditos por transporte sobre los efectos transportados «hasta la entrega y durante treinta días después de ésta», entendiendo por tales los relativos al cobro del precio, gastos y derechos de conducción y conservación de dichos efectos¹⁰. El derecho de preferencia reconocido a los titulares de estos créditos privilegiados alcanza al valor de los bienes sobre los que recae, excluyendo cualesquiera otros¹¹. De manera que, tan solo una vez que hayan sido satisfechos los créditos preferentes, de existir

8Por su parte, el Código de 1829 disponía que dicho privilegio cesaba cuando hubiera transcurrido un mes desde la entrega de la mercancía al destinatario y cuando, a partir de los tres días siguientes a la entrega, los efectos hubieran pasado a un tercer poseedor. Vid. las explicaciones de R. Martí de Eixalá, *Instituciones de Derecho mercantil*, 5ª edic. por M. Durán y Bas, Barcelona, 1970, pp. 338-339. El Código de 1885 modificó estos términos en el doble sentido de reducir su duración y fusionarlos en uno solo, tanto por lo que respecta al transporte terrestre como al marítimo. En relación al primero, la Exposición de Motivos del Proyecto aclara que: «[...] con el objeto de limitar la duración de la responsabilidad especial y privilegiada que pesa sobre las mercancías transportadas en favor del porteador, por el precio del transporte y gastos causados en su conducción, el Proyecto reduce a un solo término los dos que señala el Código para la subsistencia de aquel privilegio, y sin distinguir si los efectos han pasado o no a un tercer poseedor, fija el plazo de ocho días como único y absoluto para dicho efecto».

9 Cfr. su Disp. Dª única (3.3º).

10 Cfr. art. 1.922.4º Cc.

11 Cfr. art. 1.926 Cc. En caso de concurrencia de dos o más créditos de este tipo habrán de tenerse en cuenta las reglas de prelación contenidas en el párrafo segundo de este precepto.

remanente, pasarán a constituir patrimonio común de responsabilidad susceptible de aprovechar también a los demás acreedores¹².

La versión que podríamos llamar «civil» del privilegio del porteador se desenvuelve en un plano diferente¹³. Por principio, el término fijado para su vigencia -treinta días- guarda mayor correspondencia con el mensual que el Código de 1829 reconocía a porteadores y fletantes¹⁴ que con el tratamiento temporal que les dispensa actualmente el Código de Comercio. Además, en la medida en que no contempla su oponibilidad frente a terceros, la eficacia del mismo se halla condicionada al hecho de que las mercancías permanezcan bajo la posesión del transportista o del destinatario que las hubiera recibido¹⁵.

3. Normativa de ordenación de los transportes terrestres

Más recientemente, han sido las normas de ordenación de los transportes terrestres las que se han ocupado de reglamentar determinados aspectos del privilegio del porteador. Una vez más, la incidencia del tema y su deficiente tratamiento positivo han propiciado la intervención del legislador ordenación en un ámbito -en principio- netamente contractual de la actividad empresarial de transporte.

La Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres, consciente de las dificultades reales de aplicación del privilegio del porteador, en su actual configuración, ha previsto (art. 23.3)¹⁶ el establecimiento por vía reglamentaria de «un procedimiento simplificado de depósito y, en su caso, enajenación de las mercancías no retiradas o cuyos portes no sean pagados, a fin de garantizar la percepción por el transportista de los mismos». De otra parte, al delimitar las funciones de las Juntas Arbitrales del Transporte, deja abierta la posibilidad (art. 38.3) de que las mismas realicen -además de labores de arbitraje- «cuantas actuaciones les sean atribuidas».

Una y otra previsión legal, confluyen en la atribución expresa a estas Juntas por parte del Reglamento de Ordenación (art. 6.1 letra c>) de

12 Cfr. art. 1.928 Cc.

13 El propio de los transportes «civiles» de mercancías, lo que le convierte casi en una entelequia jurídica carente de aplicación en la práctica. Vid. M. Scaevola, Código civil, 2ª edic., t. XXI, Madrid, 1974, p. 714; y en la doctrina mercantilista, J. M^o Garrido, Tratado de las preferencias de crédito, Madrid, 2000, p. 433, nota 542. Sin embargo, desde una concepción pancivilista que trasciende la supletoriedad general atribuida a las disposiciones del Código civil (art. 4.3), Gullón parece extender su vigencia también a los que profesionalmente se dedican al transporte, aun cuando afirme que «para éstos rige una disposición análoga en el artículo 374 del C. de C.» Vid. A. Gullón Ballesteros, en Comentario al Código civil, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, p. 2096.

14 En ambos casos, la duración absoluta del privilegio sobre las mercancías quedaba establecida en un mes, a contar de la entrega de la mercancía al destinatario. Cfr. arts. 229 y 789 del Código de Comercio de 1829.

15 Vid. L. Díez Picazo, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, vol. II, 4ª edic., Madrid, 1993, p. 762; A. Gullón Ballesteros, en Comentario al Código civil, op. cit., p. 2096.

16 En su redacción originaria, era el párrafo 2 del artículo 23, pasando a ser ahora el párrafo 3, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre Mejora de las Condiciones de Competencia y Seguridad en el Mercado de Transporte por Carretera, por la que se modifica parcialmente la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

la función de «actuar como depositarias y realizar, en su caso, la enajenación de las mercancías no retiradas que corrieran el riesgo de perderse o cuyos portes no hayan sido pagados, a fin de garantizar la percepción de los mismos por los transportistas [...]»¹⁷. En este orden de cosas y buscando conectar su regulación con las disposiciones -legales- del Código, el Reglamento establece (art. 10.1) que, «de conformidad con lo previsto en el artículo 375 del Código de Comercio, la percepción del importe de los servicios de transporte público y de los gastos y derechos causados constituirán crédito preferente a favor del transportista, de la agencia, del transitario o del almacenista- distribuidor, siempre que la oportuna reclamación se formalice en un plazo de ocho días desde el momento de la entrega de las mercancías o de haberse intentado ésta». El precepto reglamentario, tras insistir en el carácter preferencial y, por ende, privilegiado del derecho del porteador a exigir contraprestación, dispone su aplicación no sólo al transportista sino también a otras categorías empresariales sometidas por la normativa de ordenación a un estatuto propio y distinto. Aunque, bien entendido, no se trata de una extensión de la vigencia del privilegio sino de una consecuencia cabal de la verdadera condición comercial y naturaleza jurídica atribuida a agencias, transitarios y almacenistas-distribuidores, que es la propia de un porteador en la medida en que se dedican a asumir la realización de operaciones de transporte.

En una norma tan bienintencionada como de dudosa legalidad, el Reglamento (art. 6.2) ha querido extender la competencia de las Juntas Arbitrales en orden al ejercicio de las funciones que tienen encomendadas (lo que incluye las depósito y enajenación de mercancías), más allá del ámbito propio de los transportes terrestres, a todos aquellos «que se desarrollen en virtud de un único contrato por más de un modo de transporte siempre que uno de éstos sea terrestre».

El principal objetivo de esta regulación ordenadora del mercado de los transportes terrestres en la materia que nos ocupa ha sido la implantación de un procedimiento alternativo de depósito y enajenación de mercancías, distinto del judicial y adecuado a las necesidades actuales del tráfico. A tal fin y «sin perjuicio de que los afectados puedan instar la correspondiente ejecución judicial prevista en el artículo 374 del Código de Comercio [...]», en el marco de lo preceptuado por la Ley de Ordenación, confirió (art. 10.2) a las Juntas Arbitrales del Transporte la competencia de proceder «al depósito provisional, peritación y subasta pública de las mer

17 En este punto, el Reglamento ha sido objeto de desarrollo por la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de marzo de 2001, dictada en virtud de la habilitación conferida al mismo para determinar las normas procedimentales llamadas a regir la realización por las Juntas Arbitrales del Transporte -entre otras- de las funciones de depósito y enajenación de mercancías. Cfr. art. 9.11 ROTT.

cancías [...] en cantidad suficiente para el pago de los portes y gastos, a los que se añadirán los consecuentes a estas actuaciones de las Juntas»¹⁸.

Tratando de reforzar la autoridad de las Juntas en este tipo de procesos, el Reglamento (art. 10.2 in fine) no ha dudado en imponer a los destinatarios a quienes se hubiera hecho entrega de las mercancías la obligación -administrativa- de ponerlas a disposición de las Juntas de forma inmediata al requerimiento de éstas. Tras la reforma operada por la Ley 29/2003, la falta de cumplimiento de esta obligación por los destinatarios aparece tipificada en la Ley de Ordenación (art. 141.20) como infracción grave¹⁹.

El Reglamento ha previsto (art. 10.4), además, el supuesto de que resulte necesario proceder a la venta de mercancía en cantidad superior a la requerida para el pago de la suma adeudada, quedando, en ese caso, el excedente a disposición de quien corresponda.

El recurso a esta función auxiliar de las Juntas Arbitrales del Transporte por parte del porteador viene referido en el Reglamento a los contratos en que la obligación de pagar los portes y gastos corresponde al destinatario. Si nos atenemos a su regulación (art. 11.1), la posibilidad de acudir ante las Juntas reconocida al porteador alcanza, de una parte, a los casos en que «el destinatario al que se hubieran entregado las mercancías no realice en el plazo de veinticuatro horas el correspondiente pago y éste no se hubiera producido con anterioridad»; y, de otra, a las situaciones en que el destinatario se halla ausente del domicilio indicado para realizar la entrega o rehúsa recibir las mercancías, «no realizando el pago de los portes debidos»²⁰.

En paralelo con el Código de Comercio, el Reglamento contempla (art. 12.1) también la posibilidad de que la finalidad del depósito ante las

18 En paralelo a la previsión llevada a cabo por el Código de Comercio (art. 362.2), el Reglamento también atribuye competencia a las Juntas para intervenir en los supuestos de enajenación de mercancías perecederas (art. 10.3) y en riesgo de pérdidas (art. 11.2). En el primer caso, para permitirles proceder a la venta directa de las mercancías de naturaleza perecedera, en las mejores condiciones posibles, en lugar de tener que recurrir al procedimiento ordinario de venta mediante subasta; y, en el segundo, para autorizarlas a enajenar las mercancías que corrieran el riesgo de perderse, cuando no hubiera tiempo para entregarlas ni para que sus dueños dispusieran de ellas o impartieran instrucciones.

19 «Cuando sea requerido al efecto por dicha junta en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas para actuar como depositaria». La comisión de esta infracción viene sancionada con multa de 1.001 a 1.500 euros, graduable en función de la repercusión social del hecho infractor, la intencionalidad, la naturaleza de los perjuicios causados, la magnitud del beneficio ilícitamente obtenido y la reincidencia o habitualidad en la conducta infractora, con arreglo a lo previsto por el artículo 143.1 de la propia Ley. La adecuada tipificación de esta infracción contribuye, en cierto modo, a superar los inconvenientes que se habían apuntado para la efectiva aplicación del mandato reglamentario. Vid. F. J. Sánchez-Gamborino, en Factbook: Transportes de mercancías por carretera, Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 90.

20 Lo propio hace la Orden de 30 de marzo de 2001 al tipificar tanto los «supuestos» -de impago- «en que procede el depósito de las mercancías» (en las letras a) y b) de su artículo 2) como la condición temporal -no haber dejado transcurrir más de ocho días- que da pie a su enajenación (artículo 3 letras a) y b)) por medio de las Juntas Arbitrales del Transporte.

Juntas no sea la hacer valer la preferencia del porteador al cobro de su contraprestación sino la de liberarle de la obligación de entregar las mercancías. Este depósito podrá llevarse a cabo «cuando el destinatario no se halle en el domicilio indicado para realizar la entrega, rehúse recibir las mercancías o no retire las mismas correspondiéndole hacerlo, habiendo sido realizado debidamente el pago de los portes», quedando entretanto aquéllas «a disposición del cargador o remitente, sin perjuicio de tercero de mejor derecho» y «surtiendo este depósito todos los efectos de la entrega»²¹. Este depósito liberatorio procederá (art. 12.2), asimismo, en los casos en que el cargador o destinatario no realicen la carga o descarga de la mercancía en el tiempo pactado o en el que resulte razonable, atendiendo a los parámetros fijados por el Reglamento, con lo que tales situaciones quedan equiparadas al rechazo de las mercancías por parte de aquéllos.

La asunción por parte de las Juntas Arbitrales del Transporte de este tipo de actuaciones presupone y requiere la disposición por las mismas de «los locales y medios de carácter auxiliar necesarios». A tal efecto, el Reglamento ha previsto (art. 12.3) la posibilidad de recurrir a «cualquier procedimiento admitido en derecho», incluida la colaboración material de empresas o asociaciones empresariales del sector²².

La normativa reguladora de las funciones de depósito, peritación y enajenación de mercancías atribuidas a las Juntas concluye su periplo reconociendo (art. 11.5) que tales actuaciones en ningún caso prejuzgarán los posibles conflictos entre las partes relativos al cumplimiento del contrato de transporte, que habrán de dilucidarse por los trámites oportunos²³.

Las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera, en régimen de cargas completas y de cargas fraccionadas, aprobadas por Orden de 25 de abril de 1997, dedican al privilegio del porteador varios preceptos, tanto en su vertiente judicial como arbitral. De acuerdo con tales clausulados, el recurso a las Juntas

21 Finalmente y sin más especificación, el artículo 12.1 del Reglamento atribuye los gastos generados por dicho depósito al «cargador o destinatario».

22 Habiendo razones que lo justifiquen y especialmente tratándose de paquetería y equipajes, el Presidente de la Junta, de conformidad con el solicitante, podrá decidir que el depósito se lleve a cabo en el propio establecimiento o locales de aquél, siempre que el mismo se responsabilice de la custodia y sin perjuicio de su derecho a percibir una retribución por los gastos de depósito. Cfr. art. 8.1 de la Orden de 30 de marzo de 2001. Este precepto alude también (art. 8.2) a la celebración por la Administración en la que se incardine la Junta Arbitral del Transporte (que también podrá delegar en ella) de convenios con empresas o entidades colaboradoras, públicas o privadas, para disponer de recintos, locales, naves o espacios adecuados, así como de medios auxiliares en orden a la efectiva realización de estas labores de depósito, peritación y enajenación. Al recibir las mercancías en depósito (art. 8.3), la empresa o entidad colaboradora hará públicas sus tarifas, que habrán de ser conformes con los usos comerciales, así como el coste diario del seguro que cubra los riesgos de pérdida o deterioro de las mismas, para que puedan ser aceptados por el Presidente de la Junta. Por último y como cláusula de cierre (art. 8.4), se sienta el criterio de que, cuando no se disponga de locales adecuados para el depósito de las mercancías de que se trate, «podrá denegarse el mismo».

23 Cfr. art. 10.5 del Reglamento y art. 4 de la Orden de 30 de marzo de 2001.

Arbitrales del Transporte en los procesos de depósito, enajenación y peritación de mercancías no cabría cuando hubiera mediado pacto -escrito- en contrario adoptado por los contratantes²⁴. Por esta vía, se ha pretendido introducir un componente negocial, extraño a este tipo de actuaciones y carente de cobertura legal o reglamentaria, por influjo quizás del carácter propiamente arbitral de las funciones básicas desarrolladas por tales Juntas.

En los dos clausulados anexos a la citada Orden, se alude a la facultad del porteador de liberarse de su obligación de entrega instando el depósito de la mercancía, opcionalmente, ante la autoridad judicial o ante la junta arbitral del transporte competentes, en las consabidas situaciones de ausencia o rechazo del envío por parte del mismo, pero intercalan una nueva condición al disponer que dicho depósito procederá cuando «no fuese posible para el porteador solicitar nuevas instrucciones al cargador o si dichas instrucciones no fueran impartidas por éste en el plazo de dos horas, contadas desde que le fueran solicitadas»²⁵.

Por lo que respecta a la estructura obligatoria del contrato de transporte, las referidas condiciones generales adoptan el mismo criterio que el Reglamento de la Ley de Ordenación y circunscriben la facultad conferida al porteador de pedir la venta forzosa de las mercancías a los casos en que, habiéndose concertado el transporte a portes debidos, el destinatario dejara de pagar el precio transcurridas veinticuatro horas a contar de la recepción del envío o de la constitución (judicial o arbitral) del depósito sustitutorio de aquélla²⁶.

B) La articulación procesal del privilegio del porteador como problema

La regulación del privilegio del porteador no se agota en las normas sustantivas que delimitan el contenido de su derecho sobre las mercancías transportadas. Tiene también un importante sesgo procesal, en orden al modo en que tales potestades han de hacerse valer ante los Tribunales de Justicia o, en su caso, las Juntas Arbitrales del Transporte. La cuestión no es nueva porque, en Derecho, detrás del qué está casi siempre el cómo. El componente procesal del privilegio del porteador resulta, por lo demás, necesario desde el momento en que, en nuestro ordenamiento, su puesta en práctica no se circunscribe al plano privado de las relaciones negocia-

24 Cfr. la cláusula 5.2 del Anexo A (relativo a los transportes en régimen de carga completa) y la cláusula 5.2 del Anexo B (aplicable a los transportes en régimen de carga fraccionada).

25 Cfr. la cláusula 2.31 del Anexo A y la cláusula 2.28 del Anexo B.

26 Cfr. la cláusula 2.32 del Anexo A y la cláusula 2.29 del Anexo B. En ambos casos, se especifica que «este derecho especial prescribirá a los ocho días de haberse hecho la entrega y, una vez prescrito, el porteador no tendrá otra acción que la que le corresponda como acreedor ordinario».

les de transporte, sino que requiere (con alguna que otra excepción)²⁷ la intervención de los poderes públicos.

Es evidente, pues, que el ejercicio por el porteador de su privilegio sobre las mercancías requiere y presupone la vigencia de procedimientos adecuados y que esta circunstancia incide muy directamente en la utilidad y eficacia de aquél. Esta circunstancia hace del análisis de las normas procesales aplicables al porteador privilegiado una cuestión fundamental a la hora de abordar el tema.

1. Ejercicio ante los Tribunales de Justicia

La tramitación judicial de los derechos que integran el denominado privilegio del porteador plantea múltiples inconvenientes, debido sobre todo a las lagunas y al desfase de una regulación que continúa tomando como base las disposiciones del viejo Código de 1829. El resultado es un régimen confuso y marcado por la incertidumbre. Esta situación afecta negativamente a la posición jurídica del porteador en tanto que acreedor privilegiado y ha terminado por restar coherencia a todo el sistema²⁸.

A diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881²⁹, la vigente no incluye un procedimiento específico para la reclamación por parte de los porteadores de sus créditos de transporte y, en cuyo marco, pudieran

27 La realización «privada» del propio derecho mediante la atribución al porteador de la potestad de promover directamente la subasta de las mercancías transportadas tan sólo se contempla en determinados casos. En relación al transporte ferroviario, ha sido prevista en la Orden de 7 de diciembre de 1961, para las remesas no retiradas por sus consignatarios. Fuera ya del ámbito de los transportes terrestres, la Orden de 25 de noviembre de 1942 también regula la enajenación de mercancías abandonadas o no retiradas por parte de las empresas concesionarias de líneas aéreas.

28 El problema, ciertamente, dista mucho de ser específico del privilegio del porteador. J.M. Garrido dedica las primeras páginas de su tratado a criticar el estado general de nuestro Derecho de la tutela del crédito y a calificarlo de caótico, imputando esta situación -fundamentalmente- al abuso por parte del legislador del principio de preferencia. Vid. J. M. Garrido, Tratado de las preferencias del crédito, cit., pp. 30 y ss.

29 La Ley de Enjuiciamiento Civil derogada dedicaba el Título XVI (arts. 1.544 a 1.560) de su Libro segundo, al denominado «Procedimiento de apremio en negocios de comercio», configurado de este modo como uno más de los procedimientos de «Jurisdicción contenciosa». Dentro de los supuestos que permitir acudir a la vía de apremio, la Ley aludía expresamente (art. 1.544.1^º) a las deudas exigibles a los «consignatarios a quienes sean entregadas las mercancías o cualquiera otra persona que las hubiere recibido con título legítimo, por los fletes en los transportes marítimos y los portes en las conducciones terrestres» (la cursiva es nuestra), siempre que no hubiera transcurrido un mes desde el día de la entrega. Para que pudiera decretarse el apremio, se exigía (art. 1.545) que los acreedores por tales fletes o portes justificaran su derecho «con el conocimiento o la carta de porte original, firmada por el cargador, y el recibo de las mercaderías contenidas en este documento». Se requería que el crédito resultante del título esgrimido por el acreedor fuera líquido (art. 1.546). Asimismo, consistiendo el título en una «contrata privada» u otro documento sin fuerza ejecutiva, el mismo debía ser objeto de reconocimiento por parte del deudor y, en caso contrario, el acreedor sólo podía usar de su derecho en el juicio que por su la cuantía corresponda» (art. 1.547). Con la presentación del título ejecutivo de su crédito, el acreedor podía pedir el apremio mediante escrito reuniendo los requisitos propios de las demandas ejecutivas y, a la vista del mismo, estimándolo procedente el Juez, se procedía a despachar «mandamiento cometido a un alguacil para que con asistencia del actuario requiera al deudor el pago de la deuda y, no verificándolo en el acto, proceda al embargo de sus bienes» (art. 1.549). El deudor sólo podía alegar en su descargo determinadas excepciones (art. 1.551), que debía probar documentalmente o mediante confesión judicial del acreedor (art. 1.552). Deducido o no escrito de oposición y practicada, en su caso, la prueba, el Juez que estime la reclamación dictará sentencia mandando proceder a la venta de los bienes embargados al deudor (art. 1.557).

hacer valer su privilegio sobre las mercancías transportadas. El documento contractual del transporte no constituye, de suyo, un título ejecutivo y las contiendas judiciales que puedan suscitarse habrán de decidirse por el proceso declarativo que corresponda por razón de su cuantía, al no venir determinado en función de la materia. Ciertamente el porteador podrá servirse del proceso monitorio para reclamar el pago de sus créditos de transporte cuando su importe no exceda de la suma que establece la Ley y su exigencia venga acreditada por alguna de las formas previstas en la misma³⁰.

En cualquiera de ambos casos, la dificultad estriba para el porteador en el hecho de que la reclamación deba producirse, necesariamente, dentro del breve plazo de vigencia de su privilegio, porque una vez transcurrido el mismo su posición será la que le corresponda como acreedor ordinario³¹. Especialmente, si se considera que, a pesar de la dicción literal del Código y por el propio carácter excepcional de la potestad atribuida al porteador, el término de ocho días desde la entrega es de caducidad y decae irremisiblemente cuando el privilegio no se hace valer antes de su vencimiento.

Más allá de estos supuestos, el «depósito» y la «venta judicial» de las mercancías transportadas figuran entre los «actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio», regulados en la Segunda parte del Libro Tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, actualmente en vigor³². Esta situación sitúa -una vez más- al intérprete ante el inconveniente de tener que coexistir normas de diversa procedencia, porque al haber sido aquella promulgada bajo la vigencia del Código de Comercio de 1829, ocurre que -en materia de jurisdicción voluntaria- las concordancias de la legislación de enjuiciamiento toman como referencia los preceptos de aquél, por lo que es menester ajustar su regulación al Derecho vigente, saliendo al paso de los posibles desfases y contradicciones entre ambos.

En tal sentido, dos son los problemas fundamentales que surgen al analizar el contenido de estos preceptos, en orden a la aplicación al privilegio del porteador de la normativa reguladora de la jurisdicción voluntaria. De un lado y en relación al depósito³³, la inclusión de la negativa del

30 Vid. A. Díaz Moreno, en Derecho mercantil, coord. por G. J. Jiménez Sánchez, vol. II, 6ª edic., Barcelona, 2000, p. 605.

31 El problema no tiene fácil solución y ha merecido, con razón, la crítica de un sector de la doctrina. Vid. F. J. Sánchez-Gamborino, Transportes de mercancías por carretera. Factbook, cit., pp. 88-89.

32 De conformidad con lo establecido en la excepción 1ª de la Disposición Derogatoria única, ambas de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y mientras no se apruebe la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, prevista en su Disposición Final 18ª.

33 El depósito de efectos mercantiles se halla regulado en los artículos 2.119 a 2.125 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Sobre el tema, vid. F. Ramos Méndez, La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, Madrid, 1978, pp. 52 y ss, part. p. 56; más recientemente, atendiendo al depósito como remedio en caso de producirse impedimentos en la fase final del transporte, F. Juan y Mateu, Los impedimentos para la entrega en el transporte de mercancías por carretera, Granada, 2005, pp. 86-88.

destinatario a asumir el pago de los portes y gastos entre los supuestos que permiten la provisión del depósito, llevada a cabo por el Código vigente (art. 369), lo que nos sitúa al borde mismo del conflicto negocial y, por ende, en la frontera que separa la jurisdicción contenciosa de la voluntaria. De otro y por lo que respecta al procedimiento de venta judicial, la ausencia de una regulación directa y consiguiente necesidad de recurrir a la aplicación, por vía analógica, de la fórmula prevista para el privilegio del fletante³⁴.

2. Ejercicio del privilegio ante las Juntas Arbitrales del Transporte

El legislador de ordenación ha llevado a cabo una apuesta decidida por la vía arbitral en su particular lucha por el privilegio del porteador y contra los inconvenientes de su utilización, en el ámbito de los transportes terrestres³⁵. Los aspectos propiamente de procedimiento relacionados con el ejercicio por parte de las Juntas Arbitrales del Transporte de las funciones de depósito y enajenación de mercancías han quedado fuera de la Ley y del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, dictándose a estos efectos la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de marzo de 2001³⁶.

C) Presupuesto contractual del privilegio del porteador: perfil jurídico de las obligaciones garantizadas

La concreta articulación jurídica del denominado privilegio del porteador guarda relación directa con el contenido y la estructura propiamente negocial de las obligaciones que viene a garantizar. Como ya he dicho, el privilegio del porteador tiene por objeto reforzar la posición acreedora del porteador en el contrato y asegurar el efectivo cumplimiento de su derecho a exigir el pago de una contraprestación por la realización de prestaciones de transporte.

La contraprestación del porteador consiste fundamentalmente en el abono de la suma estipulada en concepto de portes y el resarcimiento de

34 Contendida en el Título VI, a pesar de su rúbrica («De la enajenación y apoderamiento de efectos comerciales en casos urgentes y de la recomposición de naves») y, más concretamente, en el ordinal undécimo de su único artículo 2.161. En general, sobre este acto de jurisdicción voluntaria, vid. también las explicaciones de F. Ramos Méndez, op. cit. ult. p. 144-146.

35 El deficiente estado en que se encuentra la vía judicial, contribuye asimismo a explicar el noble intento, llevado a cabo en el ámbito de los transportes marítimos, por el reciente borrador de anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, de establecer una regulación completa de la figura, incluyendo sus aspectos procesales.

36 Cfr. sus arts. 5 a 11 y 13 a 17. Sobre el tema, vid. F. Juan y Mateu, Los impedimentos para la entrega en el transporte de mercancías por carretera, cit., pp. 88-95; M. Bada de Cominges, «Proyecto de Reglamento de depósitos y subastas», en El sistema arbitral del transporte, Madrid, 2000, pp. 75 y ss; asimismo, la ponencia inédita de C. Llorente Gómez de Segura, «Retención de mercancías en garantía del pago de portes. Una facultad desconocida», presentada a la Jornada sobre El transporte de mercancías por carretera: problemas jurídicos y soluciones prácticas, organizada por la editorial Aranzadi en Madrid el 19 de noviembre de 2004.

los gastos extraordinarios en que haya podido incurrir con motivo u ocasión de la operación.

El pago de los portes constituye, pues, la principal obligación contractual asumida por el cargador. En tanto que ordenante del transporte, el cargador va a resultar siempre obligado al pago de los portes. Ello no impide, sin embargo, a los contratantes acordar que los mismos sean reclamados al tercero destinatario de la mercancía. Esta circunstancia permite hablar de dos regímenes diferentes, atendiendo a la persona obligada, en principio, a satisfacerlos. Lo que ha dado lugar, en la práctica, a la consabida distinción entre portes pagados y portes debidos. De modo que, cuando la mercancía viaja a portes pagados, la obligación de abonar el precio del transporte recaerá sobre el cargador, sin que el porteador pueda exigirlos al destinatario; y, cuando viaja a portes debidos, el destinatario que acepta tomar parte en la relación deviene por ello mismo obligado frente al porteador al pago de tales portes³⁷. Ahora bien, la cláusula contractual por la que se estipula que el transporte se lleve a cabo en régimen de portes pagados no debe interpretarse -literalmente- en el sentido de que tales portes ya han sido satisfechos y no pueden ser reclamados a ninguna de las partes. Nada de eso. Puesta sobre la carta de porte, la cláusula va dirigida fundamentalmente al destinatario y significa que no le corresponde a él asumir la retribución del porteador, sino que esta obligación ha sido asumida por el contratante del transporte. El término «pagado» quiere decir aquí, «atribuido al cargador» o lo que es lo mismo «no debido» por el consignatario³⁸. Por todo ello, la obligación de pagar el precio del transporte recaerá sobre el cargador o remitente, cuando aquél se hubiera concertado a porte pagado, y sobre el consignatario o destinatario, cuando lo hubiera sido a porte debido.

Aun cuando la operación de transporte se haya concertado a portes debidos, en su condición de contratante del transporte, el cargador está asumiendo frente al porteador la obligación de que los portes serán abonados por otro, lo que le constituye también en garante de dicho pago. En cualquier caso y con independencia de cuál sea la actitud mostrada por el destinatario, aceptando o no el transporte en tales términos, el remitente responde al porteador del pago de los portes, a menos -por supuesto- que otra cosa se hubiere pactado.

37 Dado el carácter eminentemente negocial de la figura, la posición del destinatario que no ha intervenido en la celebración del contrato, a menos que acepte tomar parte en ella de acuerdo con las condiciones que se le proponen, será la de un tercero ajeno a la relación, que no adquirirá derechos ni obligaciones en ella. Aun tratándose, por ejemplo, del comprador de los bienes que integran el envío, expedidos por el vendedor -o por un tercero- hasta el lugar donde aquél pueda hacerse cargo de la misma, esta condición no trasciende al contrato de transporte y queda fuera del mismo; y es que hasta la declaración contenida en el artículo 338 del Código limita su eficacia al ámbito de la compraventa y no trasciende a la relación negocial de transporte.

38 Así resulta claramente del contenido de las condiciones generales de contratación aprobadas por la Orden de 25 de abril de 1997. Cfr. la cláusula 2.2 de las condiciones generales para el transporte de mercancías en régimen de carga completa y la cláusula 2.3 para el de cargas fraccionadas.

Lo que interesa en este momento es afirmar que el privilegio del porteador rige con independencia de cuál haya sido la modalidad elegida para el pago de los portes o incluso de quién ostente la titularidad de la mercancía transportada.

Por su parte y al regular la obligación de pago de portes, el Código de Comercio ha tomado en cuenta, básicamente, dos situaciones: que los portes se abonen por el cargador durante la fase de expedición de las mercancías y con carácter previo a la conducción; o bien que deban serlo por el destinatario una vez ejecutado el transporte. La regulación del privilegio del porteador se lleva a cabo por el codificador en coherencia con este planteamiento y pensando, fundamentalmente, en el segundo de los supuestos. En efecto, la pendencia de la obligación de contraprestar el transporte, unida al probable desconocimiento por parte del porteador del tercero destinatario de la mercancía, llamado a cumplirla, hacían conveniente y hasta necesario el establecimiento de ciertas garantías, ante la eventualidad de que el mismo no fuera hallado en el lugar de destino, pudiera rechazar la operación o negarse al pago de aquella contraprestación. Se explica, de este modo, que el artículo 374 del Código haya referido el derecho del porteador a exigir la venta judicial de la mercancía al supuesto de que «los consignatarios a quienes se hubiere hecho la remesa» no procedan al pago de los gastos y portes dentro de las veinticuatro horas siguientes a su entrega.

Sin embargo, es evidente que el ámbito de vigencia del privilegio del porteador no puede quedar constreñido a estos casos y que la preferencia del porteador sobre las mercancías que transporta puede hacerse valer también frente al remitente. El propio artículo 369 del Código incluye entre las circunstancias que permiten al porteador instar el depósito judicial de las mercancías, además del impago de los portes por el destinatario, su ausencia del domicilio indicado en la carta de porte y el rehúse por el mismo de tales mercancías. Es más, aunque se establezca, seguidamente, que las mercancías así depositadas estarán a disposición del cargador ello no impide que se hallen afectas al pago, en su caso, de los portes y gastos y derechos causados por ellas durante su conducción y hasta el momento de su entrega, conforme a los dictados del artículo 375.

De otra parte, en su visión de la fase final del transporte, el Código mantiene el criterio de que, una vez recibidas las mercancías, el destinatario dispondrá de un plazo para comprobar el estado en que le han sido entregadas, más allá de la mera supervisión de su aspecto externo. A tales efectos, confiere al destinatario el término de veinticuatro horas para realizar dicha comprobación y establece que incumplirá sus obligaciones contractuales cuando deje transcurrir dicho plazo sin haber procedido al pago de los portes. La preferencia que nuestro legislador parece haber demostrado por esta fórmula no llega a ser excluyente y del propio tenor del artículo 369 se deduce cabalmente que la simple negativa del destinatario al pago de los portes y gastos habilita al porteador para proveer el depósito judicial de la mercancía.

Por lo demás, la participación del contrato de transporte de la naturaleza jurídica propia de los contratos de obra (por empresa) hace que, salvo pacto en contrario, el porteador no pueda reclamar los portes antes del cumplimiento de su prestación. En efecto, el porteador asume una obligación de resultado, por lo que no tendrá derecho a exigir la remuneración, a no ser que haya verificado la operación. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 374 del Código de Comercio y 1.599 del Código civil³⁹. De acuerdo con esto, las condiciones generales de los contratos de carga fraccionada establecen que, cuando el transporte se hubiera concertado a portes pagados y no se hubiera estipulado otra cosa, su pago corresponderá al cargador, pudiendo exigirse tan pronto como se haya realizado la operación⁴⁰. En este sentido, tampoco resulta infrecuente la estipulación por la que las partes acuerdan que el pago de un transporte se lleve a cabo en un momento posterior, especialmente tratándose de relaciones cuya vigencia se prolonga en el tiempo y da lugar a la realización de múltiples expediciones⁴¹.

En la práctica, el pago de los portes se realiza otras veces anticipadamente, coincidiendo con el momento en el que el porteador se hace cargo de la mercancía. Se explica de este modo que las condiciones generales aplicables a los contratos de transporte en régimen de carga fraccionada establezcan que, en este tipo de operaciones y a falta de pacto en contrario, el pago de los portes se lleve a cabo cuando el envío es entregado al porteador para su transporte. Por contra y siguiendo el criterio del Código, estas mismas condiciones disponen que los portes debidos puedan ser exigidos al consignatario cuando procede a la recepción en el lugar de destino de la mercancía y ello con independencia del régimen completo o fraccionado en que hubiera sido transportada⁴².

La contraprestación del porteador incluye, junto a los portes propiamente dichos, el reembolso de los gastos considerados resarcibles en que haya podido incurrir durante el transporte. La adecuada delimitación de estos gastos puede llegar a plantear graves dificultades como consecuencia del carácter difuso que reciben en nuestra actual regulación. En general, se consideran gastos resarcibles aquellos que la Ley o el contrato imputan al cargador o al destinatario y que, por esto mismo, no deben esti-

39 Cfr., además, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1993.

40 Cfr. cláusula 2.3.

41 Lo normal en estos casos es que se pacte un sistema de pago periódico de los portes, renunciando el porteador a exigir el abono al contado de cada una de las operaciones llevadas a cabo en virtud de la relación. Se trata, por un lado, de una consecuencia propia del carácter fiduciario de estos contratos de colaboración estable y, por otro, de una exigencia práctica dirigida a simplificar los trámites generados por las diversas transacciones. De este modo, los portes devengados se anotan en una cuenta corriente y se liquidan al final de cada periodo.

42 Me refiero al tenor del artículo 369 cuando afirma que la negativa por parte del mismo al pago de los portes y gastos permitirá al porteador proveer su depósito judicial. Cfr. cláusula 2.3-2 de las condiciones generales de carga completa y cláusula 2.4-2 de las de carga fraccionada.

marse comprendidos en la retribución pactada para el porteador. Su tratamiento es, pues, el de un coste extra que el porteador, pese a su condición de empresario de la operación, puede repercutir frente a aquéllos.

Otra cuestión problemática es la relativa a la concreta imputación subjetiva de este tipo de gastos. Un repaso a las disposiciones del Código permite mantener que la de reembolso de gastos ha sido concebida como una obligación accesoria a la -principal- de pago de portes y que se trata de dos obligaciones conjuntas, debidas por la misma persona⁴³.

Ahora bien, la adopción de uno u otro régimen en orden al pago de los portes y gastos de la operación no tiene por qué afectar a la vigencia del privilegio del porteador, en los términos dispuestos por el Código de Comercio y el resto de la normativa aplicable. Ello hace que, en caso de incumplimiento, el porteador pueda hacer valer sus derechos sobre las mercancías, incoando el depósito de la misma o instando su venta, con independencia de quién sea el obligado a pagarlos y de la propia pertenencia de esas mercancías.

D) En torno a la configuración jurídica del privilegio del porteador en nuestro ordenamiento

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas de Derecho comparado como el italiano o el alemán, en nuestro ordenamiento, el privilegio del porteador no tiene carácter pignoraticio. La configuración del privilegio del porteador como un supuesto legal de prenda cobra pleno sentido en el escenario contractual vigente en esos sistemas, que terminan imputando al destinatario la obligación de pago de los portes y gastos de la operación partiendo de la base de que, al aceptar terciar en la relación de transporte y recibir la mercancía, ponen también fin a la garantía posesoria que sobre ella ostenta el porteador⁴⁴.

En Derecho español, el núcleo fundamental del privilegio del porteador se halla constituido por la especial afectación de las mercancías al pago de las deudas que puedan derivarse de su transporte. La preferencia sobre la mercancía y el derecho a cobrarse con el producto de su venta no sólo es oponible frente al destinatario sino frente a cualquiera que no tenga

43 Sin embargo y a pesar de su sencillez, no parece que este sea el sistema más adecuado si nos atenemos al diverso origen que pueden tener tales gastos. En consecuencia, parece más razonable pensar que el primer criterio de atribución de tales gastos sea el de su efectiva causación y, solo en caso de que no pudieran imputarse a una de las partes, siga a la obligación de pago de los portes. Lo cual no obsta a que las mercancías transportadas se hallen afectas al pago de dichos gastos, con independencia de quién sea en último término su deudor.

44 En cuanto al Derecho alemán, vid. I. Koller, *Transportrecht. Kommentar zu Spedition und Gütertransport*, 5ª edic., Múnich, 2004, § 421, Rdn.23, pp. 265-266. Para el Derecho italiano, vid. A. Asquini, en *Codice civile (Libro delle Obbligazioni)*. Comentario diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, vol. II, 1ª parte, Florencia, 1949, pp. 441-442.

un crédito prevalente, de acuerdo con el orden de prelación que resulta del artículo 1.922 del Código civil y fuera de las situaciones de concurso. Por consiguiente, regirá con independencia de quién sea el titular legítimo de aquélla.

El privilegio recae objetivamente sobre los créditos que se derivan para el porteador del transporte de las mercancías. En este sentido, su vigencia alcanza, sin duda, a las obligaciones contractuales de pago de portes y gastos «resarcibles», tanto si corren a cargo del remitente como si son exigibles al destinatario. Lo que ya resulta más dudoso es que puedan quedar comprendidas en él las indemnizaciones debidas al porteador por los daños que pudieran resultar del incumplimiento por el cargador o el destinatario de sus obligaciones contractuales.

Objeto de garantía serán no sólo las mercancías en sí y, en su caso, el privilegio se extenderá también al importe de la indemnización que satisfaga la aseguradora por las pérdidas o averías sufridas por tales mercancías, cubiertas por un seguro de transportes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguro⁴⁵. Por idéntica razón, el privilegio se extenderá también a las sumas obtenidas de la venta de mercancías que corrieran el riesgo de perderse «por su naturaleza o por accidente inevitable», cuando se hubiera llevado a cabo en el marco de lo dispuesto por el Código (art. 362.2) o los artículos 10.3 y 11.2 del Reglamento de la Ley de Ordenación.

La vigencia del privilegio se halla limitada en el tiempo y comprenderá todo el periodo en que las mercancías permanecen bajo el poder y posesión -mediata o inmediata- del porteador y -según la propia dicción del Código- prescribirá a los ocho días de haberse efectuado la entrega. Sin embargo, el carácter excepcional de este derecho obliga a configurar ese plazo como un plazo de caducidad, en cuyo cómputo -civil o sustantivo- no se excluyen los días inhábiles⁴⁶. El privilegio del porteador incorpora el derecho a promover el depósito judicial o arbitral de las mercancías transportadas, con idéntico efecto al que tendría la entrega en destino de esas mismas mercancías. Su ejercicio, permitirá al porteador consumir la obligación de transporte y poner fin a la responsabilidad ex recepto que tiene asumida.

45 Cfr. arts. 40 a 42 de la Ley de Contrato de Seguro. Vid. C. Vargas Vasserot, El seguro de la finca hipotecada, Madrid, 2003, pp. 155 y cc.

46 Entiendo, además, que su interrupción sólo producirá efectos frente al deudor que no hubiera sido desposeído de las mercancías.

Así entendido, el derecho a instar el depósito de la mercancía no constituye un derecho de retención⁴⁷. El Código no confiere al porteador terrestre la potestad de retener la mercancía hasta el abono total de los portes y gastos resarcibles. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el comisionista o con el depositario, el porteador no está autorizado para retener las mercancías transportadas⁴⁸. En caso de impago o de que concurran circunstancias que le impidan proceder a la entrega en destino de las mercancías, el porteador podrá dirigirse al Juez o a la Junta Arbitral del Transporte competentes para solicitar el depósito judicial o arbitral de tales mercancías.

Por lo que respecta a los transportes terrestres, el denominado derecho de retención constituye una vieja aspiración del sector, no exenta de polémica⁴⁹. En cuanto tal, fue implantado en su día por el Reglamento-tipo de las Agencias de transporte⁵⁰ y, posteriormente, la Orden de 1981 se propuso extender su ámbito de aplicación a los transportes en régimen de cargas fraccionadas⁵¹. Pero ambas normas fueron expresamente derogadas por el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Sin embargo y habida cuenta del carácter bilateral o sinalagmático del negocio jurídico de transporte, cabe mantener que el porteador no vendrá obligado a cumplir su prestación de transportar si la contraparte incumple la suya. Ello le permitirá, por ejemplo, negarse a hacer entrega de las mercancías al destinatario cuando el mismo no le pague los portes y gastos que se derivan del contrato de transporte. A menos, claro está, que otra cosa se hubiera pactado. Se trata de una consecuencia de la vigencia, en el ámbito de las relaciones negócias de transporte, de los postulados de la denominada *exceptio de non adimpleti contractus*⁵².

47 El reconocimiento al porteador de un *ius retentionis* sobre los efectos que transporta no es nada nuevo. Ya Hevia Bolaños, refiriéndose al fletamento y tras afirmar que «el flete de la Nave se ha de pagar al plazo que fuere convenido y si no le hubo señalado, dentro de ocho días de como la Nave llegare al puerto destinado para la descarga», sostenía que «por el flete puede el Maestre retener en su poder las mercaderías o cosas que se deben hasta que se paguen por tener en ellas esta retención por derecho según una ley de Partida»; de modo que «antes de entregarse la cosa de que se debe, le ha de pagar el flete de ella, porque para conseguirse, basta verificarse solo, que ella se cargó en la Nave, sino es que otra cosa fue convenido [...]». Vid. su *Laberinto del comercio marítimo y terrestre*, Libro III, Cap. II, 27.

48 Cfr. art. 276 C. de Com. y art. 1.780 Cc., respectivamente.

49 Digo polémica porque el reconocimiento al porteador de un hipotético derecho de retención sobre la mercancía transportada plantearía el inconveniente de prolongar en el tiempo la responsabilidad agravada *ex recepto* que le atribuyen las Leyes, con lo que el recurso a esta figura podría llegar a convertirse -más que en una solución- en un problema. Vid. sin embargo la defensa que hace del derecho de retención y las críticas a la supresión del mismo que hace F.J. Sánchez-Gamborino, en *Factbook. Transportes de mercancías por carretera*, cit., p. 90.

50 Así resultaba del art. 6.2 del citado Reglamento Tipo de Agencias de Transportes, aprobado por Orden de 27 de agosto de 1951, tras su modificación por Orden de 11 de febrero de 1952. Vid. F. J. Sánchez Gamborino, *Doctrina jurisprudencial sobre el contrato de transporte terrestre*, Madrid, 1957, p. 242.

51 Así lo disponía el art. 9.2 de la citada Orden de 30 de noviembre de 1981, que aprobó el Reglamento-Tipo para el transporte público de mercancías por carretera en carga fraccionada; en que se preveía también (art. 6) un procedimiento de subasta para la venta de la mercancía facturada a domicilio cuando no fuera posible su entregar al destinatario.

52 Cfr. arts. 1.100 y 1.124 Cc. En palabras de Díez Picazo, «ninguna de las partes puede reclamar el cumplimiento de la obligación contraria, sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la obligación propia»: vid. L. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, 4ª edic., Madrid, 1993, pp. 692-693. Sobre el tema, Vid. todavía M. Miguel Travesas, «Obligaciones recíprocas», en *Revista de Derecho Privado*, 1929, p. 231.

Frente a esto no cabe aducir que, de acuerdo con el tenor literal del artículo 368, el porteador debe hacer entrega de la mercancía al destinatario «sin demora ni entorpecimiento alguno», porque dicho precepto no está pensando en el supuesto de que el destinatario haya incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones de pago de portes, sino todo lo contrario. Tampoco, que el artículo 374 confiere al destinatario el derecho a posponer el pago de los portes y gastos hasta veinticuatro horas después de recibir las mercancías⁵³.

Pero la negativa del porteador a entregar la mercancía al consignatario no supone, de suyo, ningún acto de retención y deberá ir seguida, con arreglo a los dictados de la normativa reguladora de su privilegio, del depósito judicial o arbitral (esto es, ante las Juntas Arbitrales del Transporte) de la mercancía gravada por su crédito.

En efecto, del contrato de transporte se derivan derechos y obligaciones recíprocos para las partes, con la peculiaridad de que un tercero -distinto de sus contratantes- pueda llegar a adquirir, como consecuencia del mismo, no sólo derechos sino también obligaciones negócias. Lo que determina la posibilidad de que el porteador se niegue a cumplir o a completar el cumplimiento de su prestación cuando la contraparte -ya se trate del cargador o del tercero destinatario- no cumple la suya. Ello le autoriza a dejar de entregar la mercancía al destinatario, cuando éste se niegue a pagar los portes y demás gastos de la operación, porque jurídicamente sólo está obligado a cumplir su prestación si la otra parte hace lo propio⁵⁴.

Otra de las expresiones del privilegio del porteador es el reconocimiento del derecho a instar la venta o realización de las mercancías transportadas para el cobro por el porteador de lo que se le adeuda en concepto de portes y gastos resarcibles. En el fondo, se trata de materializar la preferencia o prelación en que consiste el privilegio.

En su actual configuración jurídica, el privilegio del porteador pierde buena parte de su eficacia -cuando no toda- en los supuestos en que se pacta el pago a posteriori de los portes por el cargador o remitente, una vez entregada la mercancía al destinatario y contra la factura emitida por el

53 En su sentencia de 29 de enero de 1892 (apud A. Polo Díez, *Leyes mercantiles y económicas*, t. II, Madrid, 1956, p. 1595), el Tribunal Supremo ya dejó claro este extremo, bajo la vigencia de los artículos 230 y 228 del Código de 1829, que se corresponden con los actuales 374 y 375.

54 Así resulta, además, del tenor de las condiciones generales de contratación aplicables a los transportes de mercancías por carretera en régimen de cargas completas y de cargas fraccionadas. Cfr. sus cláusulas 2.3 y 2.4, respectivamente. También la Convención CMR (art. 13.2) se refiere al derecho del porteador a no hacer entrega de las mercancías si no se le pagan los portes, aunque ello no se aprecie debidamente en la traducción española. Vid. I. Koller, *Transportrecht. Kommentar zu Spedition und Gütertransport*, 4ª edic., Múnich, 2004, Art. 13 CMR, Rdn. 11, pp. 1120-1121.

empresario de transportes, por regla general, después de transcurridos los ocho días siguientes a la entrega⁵⁵. De igual modo, tampoco resulta útil en el marco de las relaciones de transporte cuya vigencia se prolonga a lo largo del tiempo, en la medida en que suelen aplazar la liquidación de portes y disponer el pago periódico de los mismos.

La aplicación del privilegio puede resultar además especialmente problemática en los transportes con pluralidad de porteadores. En relación a los transportes llevados a cabo mediante pactos o servicios combinados, el Código (art. 373.2) se limita a atribuir al porteador que hiciere la entrega de las mercancías al destinatario «todas las acciones y derechos de los que le hubieren precedido en la conducción», lo que incluirá también al privilegio del porteador. En caso de transporte con subtransporte, entiendo que debe darse prevalencia al privilegio de fecha posterior, con arreglo al postulado de posterior tempore, potior iure.

La posibilidad de que el porteador recurra a la aplicación del privilegio del comisionista o del privilegio del depositario, apelando a la moderna configuración logística de su actividad empresarial, constituye un paso en dirección al desmembramiento de la relación de transportes. En cualquier caso, sus efectos no alcanzarán a la contraprestación por el transporte propiamente dicho y habrán de limitarse al pago de las retribuciones pactadas por esos otros servicios de carácter logístico, asimilables por su naturaleza jurídica a la comisión o el depósito.

⁵⁵ Lo que nos situaría dentro del ámbito de aplicación y vigencia de la nueva Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Mercantiles (como el contrato de transporte).

LAS NUEVAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN EN EL TRANSPORTE POR CARRETERA

Por

Juan M. GONZÁLEZ CARBAJAL

Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo (Oviedo, España)

1. Introducción

La indisoluble y necesaria vinculación del sector del transporte con la propia estabilidad económica del Estado, ha sido el fundamento esencial de la intervención de éste sobre aquél a través de las normas sectoriales, realidad que tiene ya carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico desde hace siglos, si bien su concreta manifestación ha pasado por diversas formas de articulación en la legislación sectorial.

Con carácter previo a cualquier otra consideración y con el fin de fijar los límites concretos de la cuestión que ahora se pretende exponer, habrán de tenerse en cuenta algunos aspectos relacionados con la propia actividad del transporte, con las técnicas de intervención empleadas por el legislador, y con la problemática esencial del sector cuya solución ha sido y es una de las finalidades perseguidas por el conjunto normativo regulador vigente en cada momento.

Por razones que tienen su fundamento en el régimen jurídico del transporte por carretera, siempre que se hace referencia a aquél, la alusión habrá de entenderse hecha tanto a los servicios que implican el traslado de personas o mercancías de un lugar a otro mediante el uso de vehículos, como a aquellos otros que, junto con él, integran las llamadas profesiones del transporte¹.

La opción del legislador, en lo que se refiere a las técnicas de intervención, ha sido la utilización de la autorización administrativa para la práctica totalidad de los servicios que regula. La fórmula concesional se ha reservado para aquellos que ostentan la condición formal de servicio público por estar reservada su titularidad a favor de la Administración y para algunos otros que, sin contar con publicatio, resultan también sometidos al régimen concesional, como es el caso de las estaciones de transporte y de los centros de información y distribución de cargas públicos.

Y entre los diversos problemas que pueden detectarse en el ámbito material del transporte, el que reviste más importancia y viene siendo objeto de atención y preocupación prioritarias es la llamada "atomiza-

¹ En relación con las profesiones y actividades integradas en el transporte por carretera vid. J.M. GONZÁLEZ-CARBAJAL GARCÍA, El transporte público de mercancías por carretera. Régimen jurídico de sus profesiones y actividades. Ed. Colex, Madrid, 1998, Págs. 137-188.

ción" empresarial, algo que en la actualidad es aceptado sin fisuras por cualquier estudioso del sector, con independencia de la ciencia o conocimiento desde la que realice el análisis. La relación vehículos/empresa era de 1,1 en 1865, de 1,74 en 1997 y en la actualidad, teniendo en cuenta los datos estadísticos del Ministerio de Fomento cerrados a diciembre de 2003, es de 2,57. Cifras que evidencian la lenta evolución habida en 138 años, si bien hay que reconocer que el lento ritmo de crecimiento hasta 1997 empieza a perder tal connotación para pasar del 1,86 en 1998 al citado 2,57 del 2003, evidenciando una tendencia a la mejoría que, a su vez, no es más que el resultado de los cambios hechos en las normas a partir de 1997.

Poniendo en relación la técnica de intervención utilizada con la problemática esencial del sector económico que nos ocupa, cabe esperar que dicha técnica opere como mecanismo corrector que permita reconducir el sector hacia unos parámetros más razonables y positivos para el conjunto empresarial integrante de aquél, finalidad primordial que debe ser el objetivo central de la intervención administrativa.

Ahora bien, la Ley y el ingente conjunto de Reglamentos que la desarrollan siguen previendo la autorización administrativa como única técnica de intervención de los poderes públicos en el transporte, pero los inevitables y obligados cambios que han debido hacerse desde nuestra plena incorporación a la Unión Europea, han incidido sustancialmente en la propia esencia de la autorización, al incorporarse, junto a ésta, un conjunto de condiciones personales y empresariales que se han regulado de tal forma que no tienen virtualidad alguna en lo que a eficacia interventora se refiere, probablemente debido a la falta de tradición en su uso en nuestro ordenamiento jurídico.

En la actualidad la veterana autorización administrativa ha pasado a convertirse en un mero trámite burocrático sin mayor trascendencia, las condiciones de acceso a las profesiones del transporte y las de acceso a la prestación efectiva de los servicios no están configuradas de tal forma que puedan resultar eficaces para evitar el crecimiento descontrolado y desmesurado del transporte pesado. Ciertamente el sector está liberalizado y así debe ser, ya que en el conjunto de la Unión Europea esa es la situación. Pero en nuestro caso, hubo de pasarse de un importante nivel de intervención, que producía un no menos importante control en muy diversos aspectos del transporte (período 1947-1986), a la liberalización producida el 1 de julio de 1998 (coincidiendo con la liberalización del transporte de cabotaje en la Unión Europea en dicha fecha), sin que se haya aprovechado el período intermedio (1986-1998) para corregir las deficiencias estructurales del transporte, que fueron consolidándose como una más de las consecuencias de la legislación de la dictadura. Hecho que en si mismo no tiene porque ser entendido en sentido negativo, pero que, en todo caso, debería hacer reflexionar acerca de si las actuales características del transporte en nuestro país, en especial las profesiones vinculadas al de mercancías, permiten a los empresarios mantener su actividad en condiciones económicas y de rentabilidad aceptables. La competencia en el seno de la

Unión Europea no es precisamente tenue, por lo que probablemente fuera necesario llevar a cabo un replanteamiento en profundidad de la actual forma de regular las citadas condiciones de acceso a la profesión, a no ser que la intención subyacente sea el dejar a las reglas del mercado el ajuste progresivo de las dimensiones del sector.

Salvo muy contadas excepciones, la doctrina administrativista no ha prestado excesiva atención a las condiciones a las que antes se hacía referencia, al menos en cuanto se refiere a su posible consideración como nuevas técnicas de intervención, sustitutivas o, cuando menos, complementarias de la autorización. Por ello y siquiera sea con la brevedad que en esta ocasión se impone, trataremos de exponer en estas páginas el núcleo fundamental de la cuestión que no es otro que la valoración de las condiciones personales y empresariales como auténticas técnicas interventoras en el transporte público de mercancías por carretera.

2. La intervención administrativa en el transporte desde 1947 a 1998.

Dentro de este período de tiempo hay que diferenciar diversos tramos temporales. El primero que comienza en 1947 y acaba con la entrada en vigor de la LOTT en 1986, y durante el cual las técnicas de intervención fueron la autorización y la concesión administrativas exclusivamente. El segundo, del 1 de agosto de 1986 al 1 de julio de 1998, en el que se incorporaron las condiciones personales de acceso a las profesiones, algunas de las cuales merecen la consideración de nuevas técnicas de intervención. Ello fue debido, en primer lugar, a la transposición a nuestro ordenamiento de las Directivas comunitarias que afectaban al transporte de mercancías y viajeros por carretera y, en segundo lugar, a la liberalización europea en el sector del transporte (transporte de cabotaje). A partir del inicio de este segundo subperíodo y hasta la actualidad convivirán las técnicas tradicionales con las nuevas condiciones que no parece que se utilicen de igual manera que antes se empleaba la autorización.

En el último tramo, de 1998 a la actualidad, se concluirá el proceso de liberalización hasta dejarlo en las actuales condiciones, tras superar una primera fase de resistencia numantina al libre otorgamiento de las autorizaciones mediante la previsión de requisitos excepcionales de no sencillo cumplimiento por parte de los interesados, cuyos detalles se expondrán someramente más adelante.

La autorización administrativa ha sufrido sustanciales modificaciones durante todos estos años, hasta el extremo de convertirla en una auténtica reliquia del pasado, al menos como tal técnica interventora con la misma trascendencia, funcionalidad y efectos que tuvo hasta la últimas reformas de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y de sus normas de desarrollo.

De manera especial en el transporte público de mercancías realizado en vehículo pesado y con autorización de radio de acción nacional, la autorización cumplió la nada despreciable función de "dimensionar" el

sector. Éste, desde siempre, sufrió el lastre de su atomización, con la consiguiente profusión empresarial de indeseables consecuencias. A estos efectos, la contingentación de las autorizaciones cumplió la función de evitar el incremento descontrolado del número de empresas, realidad que permanece al no haberse conseguido, con la intensidad adecuada, la disminución del binomio “un empresario-un camión”. Con independencia de las valoraciones jurídicas que pueda merecer la autorización administrativa como técnica de intervención, interesa ahora centrar la atención en esa concreta función que cumplió durante un largo período de tiempo, que no es otra que el control del crecimiento del parque de vehículos pesados, que no el de la oferta total del transporte público de mercancías por diversas razones que expondremos y que sirven para poner de manifiesto las causas por las que no se ha logrado el objetivo de erradicación definitiva de la atomización empresarial.

Desde 1986 hasta la liberalización del cabotaje el 1 de julio de 1998, no se distribuyeron nuevos cupos de autorizaciones sometidas a contingente (transporte público discrecional de mercancías en vehículo pesado y radio de acción nacional), si bien el no otorgamiento de nuevas autorizaciones pasó por diversas etapas en lo que a las previsiones normativas se refiere. La primera hemos de situarla en el período comprendido entre la entrada en vigor de la LOTT el 1 de agosto de 1986 y la reforma del ROTT (mediante RD 1136/1997) y, al mismo tiempo, la sustitución de la Orden de 3 de febrero de 1993 por la de 23 de julio de 1997. reguladoras ambas de las autorizaciones de transporte de mercancías. La razón de la no fijación de nuevos cupos hemos de buscarla en las variables introducidas en la fórmula polinómica utilizada a tal fin. Fórmula que va a emplearse hasta el 1 de enero de 1998 y en la que se computa el total de la oferta de transporte, incluyendo a tal efecto no sólo los vehículos pesados y ámbito nacional sino también los ligeros, los pesados de ámbito local, así como el resto de ámbitos permitidos (comarcal, autonómico), lo cual suponía que al incluir las autorizaciones no sometidas a contingente, con el consiguiente crecimiento constante de la oferta, era punto menos que imposible que se produjeran excesos de demanda que fuera necesario atender, ampliando para ello el número de vehículos pesados a autorizar.

Dada la liberalización del transporte de cabotaje en el seno de la Unión Europea el 1 de julio de 1998, la opción que se adopta para prolongar el mismo estado de cosas y seguir evitando el aumento de las autorizaciones contingentadas fue la siguiente:

- Se procede a la modificación del ROTT mediante el RD 1136/1997, de 11 de julio, eliminando el anterior contingente (art. 114) y, al mismo tiempo, se dicta la Orden de 23 de julio de 1997, en desarrollo del ROTT en la misma materia. La modificación del ROTT entra en vigor el 1 de enero de 1998 y la Orden citada el 2 del mismo mes y año. Por tanto durante todo el año 1997 se mantiene la tradicional y habitual situación de someter a contingente las autorizaciones para vehículos pesados y radio de acción nacional.

- La DF 2ª de la Orden de 23 de julio de 1997 dispuso, de una parte, la suspensión del otorgamiento de las autorizaciones, hasta ese momento sometidas a contingente, hasta el 1 de julio de 1998 y, de otra, la suspensión del otorgamiento de las autorizaciones para vehículo pesado y ámbito local hasta la misma fecha pero desde el día siguiente a su publicación (30 de julio de 1997) hasta la fecha de su entrada en vigor el 2 de enero de 1998. Todo ello supuso el no aumento de las autorizaciones de ámbito nacional durante el primer semestre de 1998 y, al mismo tiempo, evitar el incremento de las de ámbito inferior para vehículos pesados, si bien en este último caso la suspensión perdía su efecto el 2 de enero de 1998.

- A partir del 2 de enero de 1998 para el ámbito local y del 1 de julio del mismo año para el nacional, cobran plena aplicabilidad tanto los nuevos contenidos del ROTT, como los de la Orden de 23 de julio de 1997, estableciéndose un sistema de otorgamiento de nuevas autorizaciones que, implícitamente, suponía un intento de mantener el contingente autorizador ya carente de sentido en esas fechas. Así, y en virtud de lo dispuesto en el art. 115 ROTT, el art. 24 de la Orden de 23 de julio de 1997 exigía un proceso previo de integración empresarial de dos o más empresas que ya fueran titulares de autorizaciones de transporte público de mercancías en vehículo pesado y ámbito nacional, estableciendo, a su vez, un límite máximo del número de nuevas autorizaciones a otorgar y el plazo de un año para solicitarlas, contado a partir de la fecha en la que se hubiera producido la novación subjetiva a favor de la nueva empresa. De facto, todo ello suponía que no era posible acceder a esa clase autorizaciones sin estar ya entre las empresas del sector, lo que, en último término, implicaba el mantenimiento de la contingentación existente hasta ese momento. Sólo se abrió una ligera brecha en relación con el posible aumento, a cambio de reducir el número de empresas por integración de las mismas. Factor éste que fue determinante para mejorar, siquiera fuera en parte, la relación del número de vehículos por empresa. Sin embargo, y aunque el coeficiente de atomización hubiera mejorado, no sucedió lo mismo con el total de vehículos autorizados ni con el conjunto de la oferta de transportes, lo que, en último término, acabará por volver a incidir negativamente en la atomización.

La anterior situación se mantendrá hasta la entrada en vigor de la Orden de 24 de agosto de 1999 (el 7 de setiembre del mismo año), norma que deroga la de julio de 1997 y que establecerá el régimen jurídico actualmente vigente en materia de autorizaciones de transporte público de mercancías sin los matices normativos anteriores según se tratara de vehículo pesado o ligero y el ámbito fuera local o nacional. La nueva regulación da un tratamiento homogéneo en cuanto a requisitos que debe cumplir el solicitante de una nueva autorización, tanto los personales como los referidos a los vehículos, si bien y en el caso de los vehículos ligeros se prevé como único radio de acción el nacional, mientras que para los pesados se mantiene, junto a aquél, el local. No obstante, se dispone la exigencia para quienes desean acceder por primera vez al sector, de disponer de 3 vehículos (de no más de dos años de antigüedad) para el ámbito nacional, o de 2 vehículos (de no más de 6 años) para el radio de acción

local en el caso de los pesados, y de 1 vehículo, con la misma antigüedad de 2 años, en el caso de los ligeros. Como puede constatar, tal forma de regular el acceso a nuevas autorizaciones supone exigir una considerable inversión en el caso de vehículos pesados, no tanto si se trata de ligeros, si bien no podemos entender tal previsión como equivalente a contingencia o limitación de las autorizaciones, aunque tampoco permite afirmar que tal forma de liberalización vaya a permitir la mejora de la atomización en la línea iniciada a partir de 1997, precisamente por haber desaparecido la exigencia de concentración empresarial, algo que, por otra parte, parecía difícil de mantener en la medida en que suponía vedar el acceso al sector de nuevos empresarios, salvo que lo hicieran por la vía del transporte en vehículo ligero.

3. Valor actual de la autorización administrativa en el transporte.

Descrito el iter seguido, parece claro que puede afirmarse que se ha llegado a una regulación uniforme de las profesiones del transporte de mercancías. La unificación de radios de acción para vehículos pesados y para el transporte privado complementario (nacional), así como la regulación homogénea en cuanto a requisitos de acceso exigibles tanto para la profesión como para la prestación efectiva de los servicios, han afectado a la propia naturaleza jurídica de la autorización administrativa como tradicional técnica de intervención, precisamente por haber perdido su funcionalidad más relevante y de mayor trascendencia, como era la adecuación o mantenimiento de la oferta de transportes a la demanda existente en cada momento.

Aunque tengamos que seguir reconociendo que la autorización continua sirviendo para remover los límites al ejercicio de un derecho preexistente, no es menos cierto que en el sector que nos ocupa esa función no descalifica el que haya de considerarse como una pura y simple constatación del cumplimiento por el particular de las diversas condiciones previstas para el ejercicio de las profesiones del transporte.

El otorgamiento de la autorización no es ni el primero ni el único paso, muy al contrario constituye el acto final del procedimiento, ya que el solicitante deberá haber acreditado cumplir un buen número de condiciones, y alguna de ella (la capacitación profesional) tendrá que haberla obtenido con bastante antelación al inicio del procedimiento. Es evidente que la realidad de la intervención tiene su mayor grado de intensidad en todo el conjunto de requisitos exigidos a quien solicita la autorización, resultando ésta inocua en lo que se refiere a cualquier posibilidad de incidir en las características esenciales del transporte.

En consecuencia, si partimos de aceptar la reducción del valor de la autorización a la condición de mera constatación, sólo podremos encontrar alguna forma de "intervenir" en el sector a través de las condiciones de acceso a la profesión y/o de acceso a la prestación efectiva. Es innegable que la LOTT atribuye facultades a la Administración para poder establecer medidas limitativas en relación con las autorizaciones en el caso de

producirse notables disfunciones en el transporte, pero no es menos cierto que las normas europeas prohíben el empleo de tales medidas durante cualquier período de tiempo. Por ello, lo más eficaz y prudente es incidir en el transporte a través de la regulación de las condiciones que han de cumplir los solicitantes de autorizaciones de transporte, sin recurrir a medidas excepcionales que puedan entrar en colisión con nuestra obligación de cumplir y respetar el derecho europeo aplicable en la materia.

4. Las condiciones de acceso a la profesión y a la prestación efectiva de los servicios.

Las condiciones de acceso a las profesiones del transporte son, como es ya sobradamente conocido, la nacionalidad, la honorabilidad, la capacitación profesional y la capacidad económica. De estas cuatro, a los efectos que ahora interesan, merecen cierta atención las dos últimas.

La capacidad económica obliga a acreditar disponer de 9.000 € por el primer vehículo y 5.000 € por cada vehículo adicional, y en el caso de los operadores del transporte de 60.000 €. Sin entrar ahora a valorar tales previsiones, hay que admitir que dichas exigencias suponen un cierto nivel de regulación del sector, aunque sin que podamos reconocer la existencia de dificultad alguna para su cumplimiento si tenemos en cuenta los costes de cualquier vehículo que pretenda dedicarse al transporte, pero sin duda sería mejor utilizar la técnica alemana de vincular la autorización y la capacidad económica, a cuyo fin el otorgamiento de la primera se hace por un determinado período de tiempo, condicionando su renovación o prórroga a la debida justificación por el titular de haber obtenido en dicho período el nivel de rentabilidad medio de las empresas de sector, procediéndose, en caso contrario, a la retirada de la autorización. Opción normativa que consigue mantener activas sólo aquellas empresas que obtienen beneficios y rentabilidad suficientes con independencia de las cuantías de sus capitales y reservas. En consecuencia y si bien podemos estar ante una de las técnicas de intervención en el transporte, lo cierto es que la opción de nuestro legislador impide que pueda cumplir tal función, no dejando de ser uno más de los requisitos a cumplir.

La otra posible técnica es la capacitación profesional, precisamente por implicar la insoslayable obligación de tener que estar al frente de toda empresa de transporte una persona física que haya superado las pruebas para la obtención del certificado que le acredita disponer de la adecuada formación. En este caso el nivel de dificultad no es el mismo para las empresas que adoptan la forma de personas físicas que para aquellas otras constituidas como personas jurídicas, ya que en el primer supuesto la obligación de cumplimiento de la condición recae sobre el titular de la empresa y de las autorizaciones, mientras que en el segundo basta con que una de las personas que realice funciones de dirección efectiva cumpla dicho requisito, y si bien se exige la presentación de diversos documentos acreditativos de dicha dirección efectiva, la realidad pone de manifiesto que no son pocas las ocasiones en las que las empresas no están “realmente” dirigidas por quien tiene la capacitación. Desde esta perspectiva, nos encon-

tramos también con una posible técnica de intervención que debería emplearse para asegurar los perseguidos niveles de profesionalidad en la gestión de las empresas, impidiendo el acceso a su titularidad a personas poco dispuestas a cumplir el conjunto normativo aplicable, en cuestiones tales como horas de conducción, uso de aparatos de control, etc. No olvidemos que una deficiente gestión implica abaratar costes de explotación y produce competencia desleal en cuanto a tarifas se refiere con el consiguiente perjuicio para las empresas que cumplen estrictamente las normas.

Respecto a las condiciones de acceso a la prestación efectiva de los servicios, la acreditación del cumplimiento de obligaciones fiscales, laborales y sociales en modo alguno puede valorarse más allá de la lógica exigencia de comprobación previa del cumplimiento por el solicitante de todas las obligaciones que le vienen impuestas por el ejercicio empresarial y por tener contratadas personas que le presten sus servicios.

El último requisito que cabe mencionar es el relacionado con los vehículos (forma de disposición, características y antigüedad) y los conductores, exigencia que esta que puede tener un mayor o menor grado de incidencia en el dimensionamiento del sector según como se regule, si bien podría incluirse dentro de la capacidad económica como un elemento complementario de la misma y, al mismo tiempo, como refuerzo de la utilidad interventora de dicha capacidad.

5. Conclusión.

Cualquiera que sea la técnica interventora empleada en el régimen jurídico del sector del transporte, habrá de estarse de acuerdo que dicha técnica deberá cumplir, de una parte, la función de permitir el libre ejercicio de la actividad regulada a todo ciudadano que así lo desee y que cumpla las condiciones previstas en las normas, permitiendo así cohonestar el interés individual con el general. De otra, habrá de servir para lograr mantener, en el caso concreto del transporte público de mercancías por carretera en nuestro país, las adecuadas dimensiones de oferta y número de empresas que permitan disponer de un sector con adecuadas cotas de competitividad en el ámbito general del mercado libre europeo.

A partir de la entrada en vigor de la LOTT en 1986, se dispuso de la posibilidad de reducir la atomización empresarial, pero sólo se optó por centrar la atención en el transporte realizado en vehículo pesado y ámbito nacional, única modalidad autorizatoria que se mantuvo contingente, si bien la previsión normativa para la posible distribución de nuevos contingentes se hizo depender, como ya se expuso, del conjunto de la oferta de transporte en la que se incluía el realizado tanto en vehículos ligeros como pesados, y al no existir restricciones de acceso generalizadas e independientes de la modalidad concreta del transporte, se fueron gestando las condiciones óptimas para asegurar la pervivencia de la atomización. A todo ello vinieron a sumarse las previsiones normativas del derecho transitorio de la LOTT y de sus normas de desarrollo, que acabaron por incorporar a la práctica totalidad de quienes

estaban dedicándose al transporte público de mercancías, fuera en vehículo pesado o ligero y de cualquier radio de acción. Sólo a partir del 8 de setiembre de 1999 puede decirse que existe un cierto grado de dificultad para acceder a la prestación efectiva de los distintos servicios que integran las profesiones del transporte, puesto que hasta esa fecha a toda persona que fuera titular de autorizaciones u ostentara la dirección efectiva de una empresa del sector, se le reconoció la capacitación profesional para el transporte interior de mercancías sin límite de peso del vehículo, si a ello unimos la generalización adoptada en cuanto a la ampliación del ámbito local a nacional para el transporte público en vehículo ligero y para el privado complementario, está claro que se han establecido las bases para el mantenimiento de la atomización en el sector. Al mismo tiempo, se ha relegado a la autorización administrativa al cumplimiento de meros fines decorativos sin que resulte útil a los efectos o finalidades que en su momento tuvo. Circunstancia innegable que nos obliga a fijar la atención en las condiciones de acceso a la profesión (capacitación profesional y capacidad económica) como únicas técnicas interventoras que pueden ser utilizadas con un cierto grado de eficacia en el logro del objetivo irrenunciable de redimensionamiento del sector.

Con la vigente regulación de dichas condiciones, difícilmente se podrá incidir en los aspectos problemáticos del transporte, por más que pueda argumentarse un cierto grado de dificultad para su cumplimiento, por parte de quienes deseen pasar a formar parte por primera vez del sector y, además, no existe limitación alguna para el otorgamiento de nuevas autorizaciones de transporte a quien ya sea titular de otras. Es decir, si lo hecho ha enquistado la atomización, el número total de empresas puede estimarse excesivo, y si todas las ya existentes pueden pedir cuantas autorizaciones estimen conveniente, sólo existen posibilidades de mejorar en lo que se refiere al número de vehículos por empresa, aunque tal mejora es más aparente que real, puesto que si ya existe un exceso de oferta lo único que se está propiciando es el crecimiento excesivo de la misma, algo que a largo plazo puede forzar a la Administración pública competente a tener que adoptar las medidas de restricción o limitación previstas en la LOTT. Solución seguramente poco deseable desde el plano político y de la tradicional conflictividad del transporte. Sin olvidar que también se está consiguiendo la incorporación al tráfico por nuestras carreteras de un importante parque de vehículos pesados, con la consiguiente incidencia negativa en la seguridad vial, el mantenimiento de las infraestructuras y los niveles de contaminación.

Entiendo pues, que ha llegado el momento de centrar la atención en las condiciones de acceso a las profesiones del transporte, considerándolas y utilizándolas como las auténticas y reales técnicas de intervención, sin que la autorización administrativa tradicional pueda merecer, al menos a partir de ahora y en lo que se refiere al transporte público de mercancías por carretera, tal consideración.

Oviedo, Marzo de 2005.

LA REFORMA DE LA REGULACIÓN MERCANTIL DEL TRANSPORTE TERRESTRE EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XXI

Por

Carlos LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA

Abogado, LL.M (Columbia), Doctor en Derecho (Madrid)

El núcleo esencial de la regulación vigente del contrato de transporte terrestre en el ordenamiento jurídico español data de 1885. Y, si se nos apura, al menos en algunos aspectos parciales (pero significativos), de 1829, fecha en la que vio la luz el Código de Sainz de Andino, cuya autoridad en esta materia contribuyó a que la regulación patria del contrato de transporte terrestre pudiera desentenderse desde un primer momento de la influencia del Code de commerce francés¹, circunstancia ésta que, además de ser feliz, no ha sido suficientemente apreciada entre nosotros hasta épocas relativamente recientes².

Puede resultar extraño que hoy en día, en los albores del siglo XXI, todavía continuemos reglamentando nuestras relaciones de transporte con normas ideadas en un contexto socio-económico radicalmente distinto al que caracteriza a la sociedad de nuestro tiempo. El Código de 1885, en sus propias palabras, es un Código de caballerías y carruajes, cuyo único punto de contacto con la modernidad era un transporte ferroviario, suficientemente mencionado en su Exposición de Motivos (no así en sus preceptos: artículos 351, 356, 372 y 373), que apenas llegaba a los cuarenta años de vida (si tomamos como referencia el 28 de octubre de 1848, día en el que se inauguró la línea Barcelona-Mataró) o quizás algo menos aún (si tomamos 1855 como la fecha en la que realmente puede hablarse de la construcción de una red ferroviaria propiamente dicha en nuestro país)³. Como explicación de la persistencia de este status quo normativo a lo largo del tiempo suele indicarse que la regulación del contrato de transporte contenida en el Código de Comercio de 1885 posee (o poseía) una calidad técnica que le ha permitido adaptarse sin problemas a los cambios que se han producido en el sector durante los últimos ciento veinte años. Y si bien no podemos oponer, en líneas generales, ningún argumento a esta proposición, no por ello queremos dejar de apuntar que, muy probablemente, la longevidad de nuestra regulación del contrato de transporte terrestre deriva, además, y sobre todo, de su escaso contraste práctico con la realidad, como consecuencia, a su vez, del lento desarrollo de la industria del transporte terrestre en España a lo largo del siglo XX. Una norma que no está sometida regularmente al escrutinio de su aplicación práctica puede sobre-

1 J. RUBIO, Sainz de Andino y la Codificación mercantil, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1950, pp. 142-143

2 P. ej., L. M^a PILOÑETA, Las agencias de transporte de mercancías, Bosch, Barcelona 1997.

3 F. WAIS, Historia general de los ferrocarriles españoles 1830-1941, Madrid 1967, p. 58 y A. GÓMEZ MENDOZA, Ferrocarriles y cambio económico en España 1855-1913, Madrid 1982, pp. 27 ss.

vivir décadas sin que llegue a percibirse su inadecuación a las condiciones de mercado vigentes en cada época.

No obstante, para ser justos con el legislador español, hemos de recordar que sí se han producido en nuestro ordenamiento algunos intentos de adecuación del Código de Comercio a la realidad presente en cada momento, aunque no siempre (o quizás nunca) del modo, y con los resultados, exigibles a una estructuración normativa que pretenda ser coherente, segura y justa⁴.

La primera, y principal, manifestación en este sentido se produjo con la promulgación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT)⁵, que, en medio de un aluvión de normas administrativas de extraordinaria trascendencia para nuestro ordenamiento, recogió algunas normas de contenido iusprivatista con las que se aspiraba a modernizar la regulación del contrato de transporte terrestre vigente hasta entonces⁶. Esta orientación, que habría de ser desarrollada por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de aquella Ley (ROTT)⁷, ha permanecido hasta nuestros días, a través de las sucesivas modificaciones que ha experimentado el sistema LOTT-ROTT, siendo la más reciente (y, probablemente, no sea la última, mientras no se modifique la política legislativa a este respecto) la contenida en la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado del transporte por carretera⁸, en la que, entre otras cosas, el legislador español se ha atrevido, ni más ni menos, que a proporcionar una definición de las distintas partes (o elementos personales, en sentido amplio) que intervienen en el contrato de transporte (artículo 21.1). Otro instrumento normativo que, en una misma línea, ha pretendido lograr aquella adecuación entre norma y realidad ha sido la Orden Ministerial de 25 de abril de 1997⁹, muy vinculada al sistema LOTT-ROTT, por la que se establecieron las condiciones generales de la contratación de los transportes de mercancías por carretera, que no sólo no ha recibido alabanzas desde una perspectiva técnica, al menos en algunos aspectos sustanciales de su configuración normativa, sino que además ha experimentado el rechazo de los principales operadores afectados por su aplicación¹⁰. Y, por citar otro ejemplo más de esta vocación de adapta-

4 L. J. CORTES, "Los aspectos mercantiles del transporte terrestre en la legislación vigente. La adecuación del Código de comercio a la realidad actual", Jornadas de estudio del nuevo marco ordenador de los transportes terrestres, Barcelona 1989, pp. 161 ss. = Anuario de Derecho Marítimo, VII, 1989, pp. 181 ss.

5 BOE núm. 182, de 31 de julio.

6 A. Carretero, "Las innovaciones de la Ley de ordenación de los transportes terrestres en la vertiente mercantil", Jornadas de estudio del nuevo marco ordenador de los transportes terrestres, Barcelona 1989, pp. 167 ss.

7 BOE núm. 241, de 8 de octubre.

8 BOE núm. 242, de 9 de octubre.

9 BOE núm. 109, de 7 de mayo.

10 A. EMPARANZA, "Un intento desencaminado de reformar el régimen jurídico del transporte por carretera: la Orden de 25 de abril de 1997", Derecho de los Negocios, marzo de 2001, pp. 1 ss. Desde una perspectiva sectorial, F. J. SÁNCHEZ-GAMBORINO, "Las nuevas 'condiciones generales' de transporte y el seguro", Revista Española de Seguros, n.º 97, 1997, pp. 77 ss.

ción de nuestra reglamentación a la realidad del sector, baste recordar la Orden 238/2003, de 31 de enero¹¹, por la que se establecen normas de control en relación con los transportes públicos de mercancías por carretera, que viene a culminar un desdichado intento de regulación de la hasta hace poco denominada declaración (carta) de porte¹².

Sin duda, a la luz de éstas, y de otras, normas podemos hablar, sin complejos (y sin sometimiento a la insufrible corrección política) de un fracaso claro en la estrategia empleada por nuestro legislador (y por la Administración) en esta materia. No todas sus propuestas son desechables, por supuesto. Muchas de ellas son, incluso, interesantes y pertinentes (o muy pertinentes). Y tampoco dudamos de su buena voluntad a la hora de abordar la reforma legislativa emprendida, que ha venido impuesta, en muchos casos, por la necesidad de ofrecer una respuesta rápida, si bien perentoria, a las exigencias de un sector empresarial enormemente complejo y conflictivo.

Nuestra crítica debe dirigirse, sobre todo, al modo en que las adaptaciones normativas se han producido. Y es que las normas que han abordado la regulación del contrato de transporte terrestre en nuestro país con vocación de actualizar su régimen son incoherentes desde una perspectiva sistemática, aparecen difuminadas en medio de un marco que no les es propio, ofrecen una visión parcial, y dispersa, de la reglamentación del contrato y carecen del contraste científico que exigiría una reforma legislativa que afecta a un negocio de tanta trascendencia para la economía española (y europea) como es el contrato de transporte. Lo cual explica, dicho sea de paso, la baja calidad técnica que poseen algunas de esas normas, que si bien es un signo de los tiempos, no deja de ser motivo de crítica y merece un absoluto reproche por nuestra parte.

Pero para crítica, basten (y sobren) las reflexiones precedentes. Debemos mirar al futuro y, lógicamente, debemos preguntarnos acerca de la necesidad, oportunidad y alcance de una hipotética reforma de nuestra regulación mercantil del transporte terrestre.

Sobre la necesidad de la reforma, parece que no debe haber dudas. Nos encontramos ante una regulación, la vigente, de origen decimonónico, obsoleta por tanto (no obstante lo dicho anteriormente sobre su capacidad de adaptación atemporal al medio) y que ha sido actualizada, de tiempo en tiempo, de un modo parcial, insuficiente y con dudosos (o errados) criterios de política y técnica legislativa impuestos por exigencias del tráfico.

11 BOE núm. 38, de 13 de febrero.

12 C. LLORENTE, "La formalización documental del contrato de transporte de mercancías por carretera a la luz de los recientes cambios normativos: la Orden 238/2003, del Ministerio de Fomento, de 31 de enero", Revista de Actualización, Jurisprudencia, TSJ, AP y Otros Tribunales, Aranzadi, nº 7-8, 2003, pp. 35 ss.

La oportunidad de la reforma en su aplicación al tiempo presente tampoco debería suscitar debate. Se ha de hacer ahora, sin duda, porque no se ha hecho antes. Y la obviedad de este comentario no es sino un reflejo de la desidia del legislador, que supone, a su vez, un reflejo de la indiferencia con que se ha tratado al sector del transporte de mercancías por carretera, no sólo desde ámbitos políticos sino, particularmente, jurídicos.

Pero, también, hay otra razón que abona la oportunidad de abordar concienzudamente la reforma, plena y omnicomprehensiva, de la regulación mercantil del transporte terrestre. Y esta razón no es otra que la liberalización del ejercicio de actividades de transporte de mercancías por carretera en el ámbito de la Europa comunitaria, que es efectiva desde 1993 para los llamados transportes transfronterizos¹³ y desde 1998 para los transportes de cabotaje¹⁴ y que supone, en realidad, la consolidación de un mercado único del transporte de mercancías por carretera en todo el territorio de la Unión, colmándose así uno de los objetivos de la política comunitaria de transportes (artículos 70-80 del Tratado CE).

A primera vista, puede no ser fácil captar la relación que existe entre la construcción de un mercado único del transporte de mercancías por carretera en Europa y la necesidad de reforma interna de la regulación mercantil del transporte terrestre en España, pero, sin duda, aquella dificultad se verá despejada inmediatamente si atendemos a algunas consideraciones propias del DIPr y a ciertas reflexiones de orden comparatista, que invitan a la emulación de experiencias extranjeras (pero próximas, por europeas) en esta materia.

La relación de países vecinos (y comunitarios) que han abordado una reforma integral (o más o menos amplia) de su regulación mercantil del transporte terrestre es significativa y próxima en el tiempo. Nos estamos refiriendo, entre otros pero principalmente, a Austria (1990)¹⁵, Países Bajos

13 Reglamento (CEE) nº 881/92 del Consejo, de 26 de marzo, relativo al acceso al mercado de transportes de mercancías por carretera en la Comunidad, que tengan como punto de partida o destino el territorio de un Estado miembro o efectuados a través del territorio de uno o más Estados miembros (DOCE nº L 95/1, de 9 de abril).

14 Reglamento (CEE) nº 3118/93 del Consejo, de 25 de octubre de 1993, por el que se determinan las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro (DOCE nº L 279/1, de 12 de noviembre). Véase, E. C. SWART, "The Status Quo on Public Road Transport Law, especially related to Cabotage-Transport", en K.F. HAAK y E.C. SWART (Eds.), *Road Carrier's Liability in Europe, Part 1*, The Hague 1994, pp.1-12; T. MARTÍ AROMIR, "La autorización y la licencia comunitaria en el transporte de mercancías por carretera en la modalidad de cabotaje e internacional intracomunitario", *Noticias de la Unión Europea*, nº 124, mayo 1995, pp. 93-103; y, por último, F. CASCALES MORENO, "El transporte de cabotaje por carretera en el ordenamiento jurídico comunitario", *Noticias CEE* nº 77 (1991), pp. 69-72.

15 Bundesgesetz vom 28. Juni 1990, mit dem das Handelsgesetzbuch sowie das Binnenschiffahrtsgesetz hinsichtlich der innerstaatlichen Anwendung des Beförderungsvertrages im internationalen Straßengüterverkehr -CMR- geändert werden (Binnen-Güterbeförderungsgesetz), que fue publicado en el BGBl. de 27 de julio de 1990. Sobre esta reglamentación, O. TUMA, "The liability of the inland road carrier according to Austrian private law", en K.F. HAAK y E.C. SWART, *Road Carrier's Liability in Europe, Part 1*, The Hague 1994, pp. 17-58.

(1991)¹⁶, Bélgica (1995)¹⁷, Alemania (1998)¹⁸ y Portugal (2003)¹⁹. Y, si lo han hecho, ha sido, en general, por una fundamental razón de oportunidad: la necesidad, percibida general si bien no unánimemente, de cohesionar la unidad económica del mercado comunitario del transporte de mercancías por carretera con una unidad en su tratamiento jurídico mediante la superación de la pluralidad de reglamentaciones que proyectan su eficacia sobre ese mercado unificado.

Actualmente, la unidad del mercado del transporte de mercancías por carretera en la Comunidad Europea no se corresponde plenamente con una unidad correlativa en la reglamentación de los contratos de transporte ejecutados por los transportistas autorizados para realizar traslados transfronterizos o de cabotaje, pues junto a las distintas regulaciones internas de cada uno de los Estados comunitarios, sobre ese mercado se proyectan, además, determinados instrumentos de Derecho uniforme que son aplicables a los contratos de transporte (internacional) de mercancías por carretera que discurren por el territorio de la Comunidad Europea. Se trata, fundamentalmente, del Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956, relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)²⁰, vigente en todos los Estados comunitarios; el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones

16 Libro 8 del nuevo Código Civil ("Burgerlijk Wetboek" o BW), que en su mayor parte entró en vigor el día 1 de abril de 1991. Sobre la regulación holandesa, K.F. HAAK, "The Liability of the Inland Road Carrier according to Dutch Private Law", en K.F. HAAK y E.C. SWART (Eds.) *Road Carrier's Liability in Europe*, Part 1, The Hague 1994, pp. 175-194.

17 Ley de 3 de mayo de 1999, relativa al transporte de cosas por carretera, publicada en el "Moniteur Belge" ("Belgisches Staatsblad") de 30 de junio de 1999. Antes de optar por la incorporación legislativa interna del CMR, la postura belga no había sido tan decidida, pero sí se habían dado algunos pasos: J. PUTZEYS, "The Belgian 'Midway' for Applicability of CMR to Inland Road Transport: Palliative or Final Solution", en K.F. HAAK y E.C. SWART (Eds.) *Road Carrier's Liability in Europe*, Part 2, The Hague 1995.

18 Gesetz zur Neueregulierung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts (Transportrechtsreformgesetz-TRG), de 25 de junio de 1998, publicado en el BGBl. de 29 de junio. En un etapa anterior a la reforma del HGB de 1998, véase R. HERBER, "The German Law on national road transport and its relation to the CMR", en K.F. HAAK y E.C. SWART (Eds.) *Road carrier's liability in Europe*, 2, The Hague 1995. Del mismo autor, tras la reforma, "Die Neueregulierung des deutschen Transportrechts", NJW (1998) 3297. Igualmente, K. HEUER, "Das künftige deutsche Frachtrecht", *TranspR* (1998) 45; W. KUNZ, "Das Transportrechtsreformgesetz" *Neue Wirtschaftsbriefe* (1999) 241; y K.H. THUME, "Das neue Transportrecht", *BB* (1998) 2117. Entre nosotros, véase C. LLORENTE, "La nueva regulación del contrato de transporte en Alemania. Transportrechtsreformgesetz (TRG)", *RDM* (1999) 1601. En un estadio precedente, F. MARTÍNEZ SANZ, "La reforma del Derecho del Transporte en Alemania", *RDM* (1997) 1267.

19 Decreto-Ley nº 239/2003, de 4 de octubre, que establece el régimen jurídico del contrato de transporte interno de mercancías por carretera.

20 BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1974 (corrección de errores en BOE núm. 142, de 15 de junio de 1995). Modificado por el Protocolo de 5 de julio de 1978 (BOE núm. 303, de 18 de diciembre de 1982). Entre nosotros, sobre este Convenio, véanse en general C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, "El contrato de transporte internacional de mercancías por carretera", en A.-L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.) y P. BLANCO-MORALES LIMONES (Coord.), *Contratos internacionales*, Madrid 1997, pp. 467 ss.; ID., "Contratos internacionales de transporte por carretera, ferrocarril, marítimo y multimodal", en A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Curso de contratación internacional*, Madrid 2003, pp. 363-379; F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)*, Granada 2002; y F.J. SÁNCHEZ-GAMBORINO, *El contrato de transporte internacional. CMR*, Madrid 1996.

contractuales (CR)²¹, que, igualmente, está vigente en todos los Estados comunitarios; y, también, el artículo 6(1)(a) del antes citado Reglamento (CEE) n^o 3118/93, de 25 de octubre, norma de extensión aplicable, en exclusiva, a los contratos de transporte de cabotaje comunitario de mercancías por carretera²².

Dado que los contratos de transporte de mercancías por carretera ejecutados en el ámbito de la Comunidad Europea gozan, en cuanto a su reglamentación se refiere, de un cierto grado de unificación material (CMR) y conflictual (CR y Reglamento n^o 3118/93), no es de extrañar que los Estados miembros, rectius algunos Estados miembros, se plantearan la posibilidad de reforzar aún más dicho movimiento unificador mediante el procedimiento de reformar su regulación interna siguiendo el modelo del CMR²³. Si este instrumento se ha demostrado útil en la práctica²⁴, se dijeron, ¿por qué no incorporarlo a la práctica interna? De este modo, se consigue aproximar, cuando no identificar, la regulación interna e internacional del contrato de transporte de mercancías por carretera. Pues bien, esto es, en definitiva, lo que han hecho los países mencionados más atrás²⁵.

¿Debe ser éste el procedimiento a seguir en nuestro país? Nuestro voto sigue siendo afirmativo²⁶, sin perjuicio de que debamos reconocer

21 BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993 (corrección de errores en BOE núm. 189, de 9 de agosto de 1993). Sobre este Convenio, A.-L. CALVO CARAVACA, "La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)", *Der.Neg.* (1994), abril, n^o 43, pp. 1-18. Para un análisis del Convenio de Roma desde la perspectiva del contrato de transporte terrestre, véase G. ROMANELLI, "I trasporti aerei ed i trasporti terrestri in relazione alla convenzione del 1980 sulla legge applicabile", en AA.VV, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova 1983, pp. 235 ss. Igualmente, P. MENGOZZI, "I contratti di trasporto in generale", en AA.VV, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova 1983, pp. 225 ss.; J.C. SCHULTSZ, "The concept of characteristic performance and the effect of the EEC Convention on carriage of goods", en P.M. NORTH, *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam et al. 1982, pp. 185-204. Con respecto a otros sectores modales: F. BERLINGIERI, "La legge regolatrice dei contratti di noleggio di trasporto marittimo nella Convenzione del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", *Riv.dir.int.priv.proc.* (1982) 60; ID., "La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il trasporto marittimo", en AA.VV, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova 1983, pp. 249-261.

22 En general, J. BASEDOW, "Zulässigkeit und Vertragsstatut der Kabotage Transporte. Zum Verhältnis von Marktöffnung und Wirtschaftskollisionsrecht in der Europäischen Gemeinschaft", *ZHR* 156 (1992) 413-442.

23 IRU (Internacional Road Transport Union) dictó una resolución, de 10 de mayo de 1994, en la que apoya la adopción interna del CMR en las respectivas legislaciones nacionales de los países miembros de la Comunidad Europea (IRU: SII/1859 y SII/1861).

24 Y es magníficamente valorado, R. HERBER, "CMR: Unidroit should not let this child go!", *ULR/RDU* (1998) 479.

25 Es de justicia destacar que, al margen del ejemplo austriaco, este planteamiento comenzó a cobrar peso tras la celebración de EUROTRAL 94, congreso organizado en dicho año por la Universidad Erasmus de Rotterdam en el que se debatieron cuestiones directamente vinculadas con el objeto de este artículo y que, a nuestro juicio, ha tenido una incidencia muy significativa en el posterior devenir de esta materia. Una breve noticia sobre este Congreso puede verse en F.J. SÁNCHEZ-GAMBORINO, "La Universidad de Rotterdam estudia el transporte en la CE", *RGD* (1994), pp. 5407-5408, autor a quien hay que reconocer el mérito de haber sido el único español ponente en aquel Congreso y, en general, uno de los pocos participantes españoles, junto con quien suscribe, que acudieron a la cita magníficamente organizada por el Profesor K. F. HAAK.

26 Ya expusimos nuestra opinión a este respecto en nuestro artículo "Integración europea y unificación del régimen del contrato de transporte", publicado en *Estudios de Construcción y Transportes*, n^o 90, enero-marzo 2001, pp. 35-44, en el que se recogían las conclusiones de un estudio más amplio que, con el mismo título, pudimos realizar tras haber sido agraciados con una de las ayudas del XVIII concurso público para la adjudicación de ayudas a la investigación sobre temas de infraestructuras y transportes, convocado por el Ministerio de Fomento en 1999.

que no está exento de problemas y que, a medida que pasa el tiempo, comienzan a alzarse voces que apuntan hacia su (relativo) fracaso²⁷, fundamentalmente por las distintas formas de acogida interna del CMR que se han puesto de manifiesto en los países que han optado por la reforma.

Creo, en cualquier caso, que para nosotros no hay vuelta atrás. Y me parecería una temeridad que nos sumásemos a este proceso pretendiendo ser más originales y, si se me apura, mejores que otros ordenamientos que ya han ofrecido resultados en esta materia. Sigamos la estela del CMR, por tanto, pero hagámoslo intentando aproximarnos a lo que han hecho los países que en este sector saben más, no tanto por sabios, que no lo dudo, sino, sobre todo, por viejos. En este sentido, el modelo alemán (HGB) es el que, a mi juicio, puede sernos más útil en nuestra incipiente labor de reforma legislativa. Se inspira claramente en el CMR, pero lo completa y mejora; técnicamente es fruto de una elaboración dogmática de altísimo nivel; extiende su ámbito a la regulación de otros modos de transporte; y contempla el transporte de mudanzas y el multimodal.

Ahora bien, debemos hacer también un llamamiento a los organismos comunitarios competentes para que no desdeñen la oportunidad de realizar esfuerzos tendentes a la unificación normativa en este sector a través de normas comunitarias de aplicación directa a los transportes intracomunitarios, ya sean técnicamente nacionales o internacionales, en las que se refleje el buen hacer del CMR. Sobre su competencia no albergamos duda alguna, pues dichos organismos están facultados para adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (artículo 95 del Tratado CE). Cómo hacerlo, sin embargo, es harina de otro costal. En un plano ideal, la intervención de los organismos comunitarios sería positiva desde la perspectiva de la coerción necesaria para impulsar un proceso de reforma y armonización como el que demanda el sector del transporte de mercancías por carretera en Europa. Pero no se nos oculta que las dificultades (políticas) inherentes al procedimiento comunitario de producción normativa podrían provocar retrasos en aquel proceso de reforma. Inténtese, por tanto, de un modo progresivo, a través, primero, de medidas de estudio e investigación de las distintas experiencias nacionales y proyéctense, luego, dichas experiencias en un texto normativo de aplicación directa a todos los transportes intracomunitarios (de carretera, al menos) internos o internacionales.

Estas reflexiones *de lege ferenda*, con las que concluyo, son las que ponen de manifiesto con mayor evidencia la tristeza que me produce saber que uno de nuestros juristas más insignes en el sector del transporte,

27 La más reciente, la del otrora defensor incondicional del proceso, el profesor belga J. PUTZEYS, expuesta recientemente en una ponencia titulada "El CMR como modelo de política legislativa para la regulación del transporte interno. El caso belga", que presentó en el I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI, organizado en Castellón de la Plana los días 4, 5 y 6 de mayo de 2004, bajo la magistral dirección del profesor F. MARTÍNEZ SANZ.

Francisco Miguel Sánchez Gamborino, ya no está entre nosotros. Sin duda, su buen saber hacer, su conocimiento profundo del sector y, en suma, sus valores como jurista y como persona, nos hubieran sido de mucha ayuda en este nuevo reto que plantea el derecho de los transportes del siglo XXI. Nos queda -me queda- el consuelo de su palabra escrita en cientos y cientos de páginas de rica experiencia y, por supuesto, la constatación de que su hijo, Francisco José, ha recogido fiel y gozosamente el testigo sucesorio de una vida ejemplar y enormemente fructífera.

APUNTES PARA UNA MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN MERCANTIL DEL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

por

Emilio SIDERA LEAL

Subdirector General de Ordenación y

Normativa del Transporte

Ministerio de Fomento

(Madrid)

1. Razones para una revisión.

La regulación mercantil del contrato de transporte terrestre que se contiene en los artículos 349 a 379 del Código de Comercio no ha sido modificada desde su aprobación en el año 1885.

Como es fácil imaginar, las circunstancias en que se realizaba el transporte a finales del siglo pasado poco tienen que ver con las que actualmente concurren en dicha actividad.

En aquél momento las personas se desplazaban raramente del entorno en que vivían, y, consecuentemente, el transporte de viajeros era muy reducido. Así pues, el legislador del momento sólo pudo tener presente un transporte de escaso volumen y realizado por medios bastante rudimentarios. Nuestro primer ferrocarril, el Barcelona-Mataró, se inauguró en el año 1848, es decir, tan sólo 37 años antes de la aprobación del Código, lo que da idea del escaso grado de desarrollo de nuestra red ferroviaria, y los transportes de personas por "carretera" se realizaban todavía casi exclusivamente a lomos de animal o en diligencias y carros arrastrados por animales.

Quizá esta sea la razón por la que el legislador desechó incluir regulación alguna en relación con el contrato de transporte de viajeros en el Código, puesto que sólo se refiere a éste de pasada, mediante una mención en el artículo 352 relativa a la carta de porte.

Por cuanto se refiere al transporte de mercancías, es evidente que en el 1885 la economía española presentaba todavía rasgos marcadamente autárquicos, por lo que el envío de mercancías fuera de la comarca o región en que se producían constituía un hecho poco frecuente y, en cualquier caso, no era habitual el envío de remesas periódicas ni de gran volumen de bienes de un punto a otro. Básicamente el transporte que contemplaba el legislador a finales del siglo XIX era el de pequeños envíos entre particulares o entre pequeños comerciantes y sus clientes y, en la inmensa mayoría de los supuestos, como en el caso anterior, realizado a lomos de mula o en carros arrastrados por animales.

Dicho panorama resultaba, pues, absolutamente ajeno a las actuales circunstancias de permanente desplazamiento de grandes masas de

personas a todo tipo de distancias por motivos de trabajo, turísticos o de ocio, y al incesante flujo de mercancías a través de todo el territorio nacional mediante contratos complejos, en los que interviene una multiplicidad de agentes (cargadores, operadores de transporte, intermediarios, transportistas, destinatarios, etc), que, a veces, tienen una vigencia continuada en el tiempo e implican la realización de una multiplicidad de expediciones de transporte dirigidas a distintos destinos.

Toda vez que, como ya se ha señalado, a diferencia de otras materias tales como las sociedades mercantiles, los seguros, los contratos bursátiles y bancarios, etc., la regulación originalmente contenida en el Código de Comercio nunca se ha actualizado en relación con el contrato de transporte terrestre, se ha llegado a producir una importante falta de adecuación de una buena parte de sus preceptos a la realidad de las relaciones e incidencias que hoy genera la práctica mercantil del transporte por cuenta ajena tanto de mercancías como de pasajeros.

Tampoco la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres introdujo innovaciones profundas en materia contractual, puesto que sólo dedica específicamente dos artículos a la cuestión, el 22 y el 23, para establecer una regla sobre carga y descarga de los vehículos y una limitación de la responsabilidad del transportista, sin cuestionar ni matizar, por lo demás, cuando trata de las distintas figuras que intervienen en el mercado de transportes, la regulación mercantil preexistente.

No obstante, el artículo 24 de la referida Ley, posteriormente desarrollado por el artículo 13 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, sí contiene una herramienta que, en alguna medida, ha permitido paliar la mencionada falta de adecuación del Código de Comercio. Se trata de la posibilidad de que el Ministro de Fomento apruebe contratos-tipo o condiciones generales de contratación cuyas cláusulas resulten de aplicación necesaria o supletoria, según los casos, en los contratos singulares que se celebren entre transportistas y usuarios del transporte.

En ejecución de dicha facultad, mediante la Orden Ministerial de 25 de abril de 1997 (BOE 7-5-1997), se aprobaron unas condiciones generales de aplicación en la contratación de transportes de mercancías por carretera, y, en este momento, ya se está trabajando en la redacción de otras para los transportes regulares de viajeros de uso general. Pero resulta obvio que, aunque tales disposiciones puedan mitigar en ciertos aspectos las carencias de la regulación contenida en el Código de Comercio, no alcanzan, naturalmente, a subsanarlas en su totalidad puesto que carecen de rango suficiente para enmendar preceptos contenidos en aquél que hoy resultan obsoletos.

A la vista de todo ello, parece que resultaría a todas luces razonable plantearse una revisión y actualización del conjunto de nuestra regulación mercantil relativa al control del transporte terrestre, la cual debería empe-

zar, necesariamente, por la de sus conceptos y reglas fundamentales contenidos en el Código de comercio.

Así parece haberlo entendido también el Ministerio de Justicia, que recientemente ha creado una Sección Especial en el seno de la Comisión General de Codificación, con la tarea de actualizar la regulación del contrato de transporte.

2. Entorno cambiante de la contratación del transporte

Con ánimo de contribuir al debate que, seguramente, se suscitará en torno a una posible modificación de la actual regulación del contrato contenida en el Código, aunque sin pretender que se trate de ideas que no estén ya en mente de quienes se ocupan del análisis del contrato de transporte, creo que, además de la obvia problemática anteriormente expuesta, debería tenerse en cuenta al plantearse una revisión de la actual regulación del contrato de transporte, que las circunstancias en que se desarrolla la contratación de dicha actividad y, consecuentemente, los aspectos a que debe dar respuesta su regulación, se encuentran hoy sometidos a un importante proceso de cambios que afectan tanto a elementos formales como de contenido.

Entre las cuestiones que se encuentran en este momento sometidas a procesos de cambio y deberían valorarse al enfrentar en este momento una regulación del contrato de transporte, cabría señalar las siguientes:

- La revolución tecnológica que se viene produciendo desde los últimos decenios del pasado siglo está impulsando cambios revolucionarios en los intercambios económicos y en el comercio, así como en los medios y métodos utilizados en los procesos de producción y prestación de servicios.
- Dichos cambios han venido acompañados por el desarrollo del concepto de “globalización de la economía”, el cual ha sido, en gran medida, propiciado e impulsado por aquéllos.
- En nuestro contexto, la expansión de los mercados propiciada por la “globalización” se ha visto potenciada por la instauración efectiva del mercado único de transportes en el ámbito de la Unión Europea.
- La expansión del mercado ha generado un fuerte incremento del nivel de competencia, que, a su vez, ha motivado políticas de especialización y de externalización de actividades accesorias por parte de las empresas.
- Junto a todo lo anterior, el desarrollo de nuevas formas de información y comunicación está impulsando cambios importantes en las relaciones entre empresas y, consecuentemente, en la mecánica contractual.

Indudablemente, los procesos más arriba definidos están contribuyendo a agudizar la obsolescencia de la regulación contenida en el Código de comercio, y también, en cierta medida, de las normas internacionales reguladoras del contrato de transporte terrestre.

En base a ello, consideramos que los trabajos que, en su caso, se desarrollen en orden a actualizar la regulación mercantil del contrato de transporte, deberían entrar a valorar las siguientes cuestiones:

- Se hace precisa una revisión de nuestra actual regulación del contrato mercantil del transporte, a fin de acomodarla a la realidad actual, ya sea mediante una modificación del Código o a través de una Ley específica.

- Si uno de los datos esenciales de la actualidad del transporte es la internacionalización de la actividad, cualquier reforma posible debería tener muy presente el Convenio CMR y demás normativa internacional en la materia.

- No obstante, también las normas internacionales relativas al contrato de transporte, CMR incluido, adolecen de un cierto grado de obsolescencia, y presentan evidentes lagunas respecto a la realidad actual del transporte.

- La externalización de actividades accesorias por parte de los usuarios del transporte de mercancías está haciendo que las demandas que reciben los transportistas aumenten su complejidad. Cada vez resulta más habitual que, además del puro acarreo de la mercancía, se les solicite en el mismo contrato la realización de toda otra serie de actividades preparatorias y complementarias del transporte.

- El concepto de “logística” va ganando en extensión y definición, englobando, junto al transporte, una parte creciente del diseño y ejecución de los procesos de acopio y distribución física de las mercancías, como parte integrante de la cadena de producción y distribución del producto.

- El transporte parece derivar, así, a convertirse en un elemento más de la oferta puesta en el mercado por el “operador logístico”, que parece llamado a ir ocupando el lugar del antiguo proveedor de transporte de las empresas.

- Por otra parte, la creciente sensibilidad social e institucional hacia el hecho medioambiental está propiciando nuevos desarrollos del transporte combinado y multimodal que, a buen seguro, está llamado a constituir en el futuro el quinto, y quizá más relevante, modo de transporte de mercancías.

Así pues, sería bueno que la futura regulación del contrato de transporte de mercancías por carretera tomara como base, interiorizándolas, las vigentes normas internacionales reguladoras de la materia, encontrando su correcto encaje con el resto del ordenamiento mercantil y administrativo español, pero que, además, intentase trascender las lagunas que aquella presenta en materias tales como las anteriormente indicadas, dando así respuesta a la actual realidad contractual y operativa de demandantes y oferentes de transporte.

3. Conclusión.

En vista de lo expuesto, resulta a todas luces deseable, tal y como viene solicitando el sector empresarial del transporte por carretera y parece haberlo entendido el Ministerio de Justicia, proceder a una revisión en profundidad, mediante norma de rango suficiente, del Título VII del Libro II, así como de los artículos 275 y 951, del Código de Comercio referidos, directa o indirectamente, al contrato de transporte terrestre, para dar cabida y respuesta a las numerosas situaciones que afectan a éste y no se encuentran previstas en aquél y que hoy son causa de una buena parte de los conflictos que se generan en el cumplimiento de los contratos singulares, tales como, entre otras, las siguientes:

- Elaboración de una regulación efectiva del contrato de transporte de viajeros, que contemple sus distintas modalidades consagradas por la legislación española y comunitaria (transporte regular de uso general, transporte regular de uso especial, transporte discrecional, transporte turístico, etc);
- exacta definición de los distintos elementos personales que hoy suelen intervenir en un contrato de transporte (cargador o remitente, usuario o viajero, expedidor, porteador principal, transportistas colaboradores del porteador principal, operador de transportes, intermediarios del transporte, descargador, consignatario o destinatario, etc), teniendo en cuenta la significación que a cada una de estas figuras han atribuido tanto los usos de comercio como las distintas legislaciones, internas e internacionales, que regulan el ejercicio empresarial de las distintas clases de transporte; análisis de la conveniencia de introducir el concepto de "envío" como elemento determinante del objeto del contrato de transporte de mercancías y eje central sobre el que podría estructurarse su completa regulación;
- definición más clara y cercana a la actual realidad de la contratación mercantil del juego de obligaciones, derechos y responsabilidades en el caso de contratos de duración continuada que tengan por objeto una multiplicidad de envíos o viajes de características distintas y para distintos destinatarios;
- aproximación de las reglas relativas a la responsabilidad de las partes intervinientes en el contrato de transporte a las determinaciones contenidas en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y, muy especialmente, en el Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1.956;
- determinación del juego de obligaciones y responsabilidades relativas a operaciones, tales como la carga y descarga del envío, preparatorias o complementarias del transporte, y que hoy constituyen una de las principales fuentes de conflictividad en relación con el exacto cumplimiento del contrato,
- aproximación a las reglas contenidas en el Convenio CMR en relación con el transporte sucesivo y, en todo caso, desarrollo de las normas de aplicación al transporte combinado (entendido como aquél en el que, bien de forma sucesiva o por superposición, intervienen dos o más modos distintos de transporte en la realización del acarreo completo), como forma de transporte cada vez más habitual hasta el punto de que ya hay quién empieza a considerarla como un modo de transporte en sí misma, con identidad propia diferenciada de los hasta ahora tradicionales;
- redefinición de los plazos de protesta y reclamación acerca del estado de las mercancías transportadas, dado el gran volumen de éstas que pueden ser objeto de un solo envío de transporte y su naturaleza, en ocasiones, altamente sofisticada;
- revisión del plazo de prescripción de la acción relativa al cobro de portes, injustificadamente más breve (6 meses) que el resto de las acciones derivadas del contrato de transporte y que, en general, el conjunto de acciones derivadas de contratos mercantiles (1 año), tratando, además de establecer alguna regla que permita unificar los criterios jurisprudenciales en orden a la interrupción de la mencionada prescripción.

Para llevar a cabo dicha tarea, podrían resultar de ayuda y, en cierta medida, guía tanto las condiciones generales de contratación ya apro-

badas o en trance de aprobarse por el Ministerio de Fomento como, sin duda, el Convenio CMR.

Las primeras fueron objeto de un largo proceso de elaboración conjunta, que se prolongó durante más de dos años, entre técnicos del Ministerio y representantes de las asociaciones profesionales de transportistas, intermediarios del transporte y empresas cargadoras, por lo que cuentan con un muy alto grado de consenso entre los sectores empresariales afectados.

En cuanto al segundo, parece razonable en el contexto de una economía globalizada y de un mercado cuyo ámbito territorial se expande cada vez más (mercado único europeo) que las reglas que puedan regir la contratación y realización de los transportes interiores se homogeneicen en lo posible con las que regulan los internacionales.

Ésta parece ser, en todo caso, la línea imperante a nivel europeo. En los últimos años, diversos países, tales como Austria (1990), Bélgica (1995), Los Países Bajos (1991) y Alemania (1998), han reformado su regulación interna del contrato de transporte de mercancía por carretera, tomando al CMR como modelo de referencia directa, en los dos primeros casos, extendiendo su aplicación también a los contratos de transporte interno, o indirecta, en los segundos, identificando el contenido de los preceptos de sus normas nacionales con las del convenio.

Debería, además, tenerse en cuenta la reciente Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, relativa a una determinada forma de transporte turístico, bien para incorporar su contenido a la futura regulación completa del contrato de transportes o bien, al menos, para asegurar la necesaria concordancia.

Igualmente, sería deseable, en esa misma línea, la incorporación a la futura norma de cuantos preceptos de carácter mercantil se encuentran ahora contenidos en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y sus normas de desarrollo cuando por su contenido y relevancia resulte precedente, sin obviar una posible referencia a las Juntas Arbitrales del Transporte que permitiese una efectiva concordancia entre la regulación administrativa de las mismas y la norma mercantil.

En otro orden de cosas, y aún teniendo en cuenta la dificultad que representa el abordar una regulación completa del contrato de transporte combinado o del contrato de actividad logística, cuestiones que todavía no han recibido un tratamiento completo y exacto ni en el Derecho Internacional ni en el ordenamiento interno de los países de nuestro entorno, que sería bueno que la norma mercantil introdujese, al menos, algún mecanismo que permita un adecuado engranaje con la regulación de éstas materias que, a buen seguro, habrán de ser abordadas en el futuro.

Por último, creo que, en todo caso, convendría, además, contar, en aquél momento de los trabajos tendentes a la revisión de nuestra actual legislación mercantil que resulte más adecuado para ello, con el asesora-

miento de otras entidades cuya opinión en materia de contratación de transportes resulta especialmente cualificada, tales como las Juntas Arbitrales de Transporte constituidas en cada Comunidad Autónoma y que fueron creadas por los artículos 37 y 38 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, como órgano arbitral especializado en la resolución de los conflictos relativos al contrato de transporte; el Comité Nacional del Transporte por Carretera creado por el artículo 58 de la referida Ley, como entidad que ostenta la representación institucional frente a la Administración de las asociaciones profesionales de transportistas con representatividad a nivel nacional; las asociaciones profesionales de empresas cargadoras, en relación con el contrato de transporte de mercancías, así como las de consumidores y usuarios, en relación con el de viajeros, que tengan suficientemente acreditada su representatividad ante la Administración.

EN TORNO A UNA EVENTUAL REFORMA DEL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE

por

Fernando MARTÍNEZ SANZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universitat Jaume I. Castellón
Director del CEDIT
(Castellón, España)

La presente contribución, dirigida a rendir homenaje al Abogado Don Francisco Miguel Sánchez Gaborino, pionero del estudio del Derecho del transporte en España, tiene por objeto reflexionar acerca de algunas cuestiones que, hasta la fecha han resultado o resultan muy controvertidas, y tratar de exponer cuál debiera ser la opción de política legislativa que juzgo correcta a la hora de abordar la necesaria reforma legal del contrato de transporte terrestre. Todo ello en la esperanza de poder contribuir a ofrecer un panorama clarificador acerca del derecho del contrato de transporte hacia el que nos encaminamos. Para ello, he optado por centrarme en un decálogo de cuestiones que –entiendo– tendrían que estar presentes en la futura normativa de este importante contrato.

1. Sobre el modelo de política legislativa a seguir

El primer tema de fondo que necesariamente debe ser decidido a la hora de acometer la labor de reforma, es, claro está, el relativo al modelo de política legislativa en el que nos queremos basar. Se trata de una cuestión capital, sobre la que mucho se ha dicho y escrito. A nadie se le oculta (porque es lo que se ha hecho en otros países) que la respuesta más sencilla pasa por incorporar al Derecho interno las soluciones contenidas en el Convenio CMR. Analicemos la propuesta con un poco de detenimiento. En realidad, desde un prisma de derecho comparado, es cierto que el CMR ha sido el modelo de política legislativa más ampliamente seguido en los diversos países europeos. Ahora bien, dentro de éstos es posible advertir dos grupos: unos, que lo han incorporado tal cual, en ocasiones mediante un artículo único en su Código de Comercio, que establece que el CMR regirá también para los transportes de mercancías que tengan su punto de origen y destino en el territorio nacional (el caso más palmario es el de Austria; también en buena medida es el caso de Bélgica); y otro grupo de países, donde, aun existiendo una evidente influencia del CMR en la regulación interna, no se ha llevado a cabo una reproducción mimética de la Convención internacional. El ejemplo más claro es el de Alemania (también en cierta forma, Holanda podría incluirse aquí).

Pues bien, de los dos modelos supuestos, es claro que el primero es el camino más fácil, pero no debe ser el ejemplo a seguir, pues conduciría a tener una regulación necesariamente deficiente del contrato de transporte. No porque el CMR sea deficiente (antes al contrario), sino porque el mismo se encuentra adaptado a las necesidades del transporte interna-

cional, y alguna norma del CMR, tal vez, podría no ser la más adecuada en el ámbito interno. De otro lado, pero sobre todo, porque el CMR contiene una regulación –conscientemente- incompleta, de modo que son bastantes los temas que deben resolverse expresamente. De hecho, el CMR se ocupa primordialmente de la documentación y prueba del contrato, y de la responsabilidad del porteador, pero deja sin regular otras muchas cuestiones.

Ahora bien, con la anterior matización, el CMR puede y debe ser un excelente modelo, perfectamente asumible en bastantes de sus soluciones. Y ello por la elevada calidad técnica que atesora (lo que se pone de manifiesto en la estabilidad alcanzada por el Convenio en sus casi cincuenta años de existencia). Además, el mismo ha logrado una importante armonización “de signo inverso” en muchos de los Estados europeos. En efecto, como he dicho, son bastantes los países que, directa o indirectamente, “incorporan” (sin obligación alguna) el CMR para regular el transporte interno. A través de esta vía se ha conseguido algo diferente de lo previsto inicialmente por el convenio, y es que éste regule no sólo el transporte internacional, sino también el puramente nacional. Sería anacrónico pretender sustraerse a esta tendencia, a través de una regulación que desconociera el CMR.

Pero como decía, no puede tampoco ocultarse que son bastantes los aspectos no cubiertos por el Convenio, y respecto de ellos es necesario proceder a dar soluciones. Lo cierto es que se cuenta con una actualización importante, primero por la vía de las condiciones generales establecidas por la Administración pública, más tarde a través de modificaciones legislativas.

En efecto, de una parte pueden mencionarse las condiciones generales contenidas en los Anexos A y B de la Orden del Ministerio de Fomento de 25 de abril de 1997, dictada en desarrollo de la habilitación contenida en el art. 24.2 LOTT (que faculta a la Administración para aprobar contratos tipo que se apliquen de forma subsidiaria respecto de lo que libremente pacten las partes en el contrato). En general, las normas contenidas en la Orden ministerial supusieron un avance notable en la regulación del contrato, pero por una vía que sistemáticamente no era la más correcta. Pero sin entrar en este tema, sus soluciones –que es lo que aquí importa- son muy dignas de ser tenidas en cuenta y aprovechables. Obviamente, y como Orden ministerial que son, resultan excesivamente pormenorizadas y detallistas para pasar, tal cual, a formar parte de una regulación legal (que es de lo que estamos hablando).

Más recientemente, se cuenta con un nuevo ejemplo. Se trata de la Ley 29/2003, de 8 de octubre, que modifica parcialmente la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Aunque el grueso de la misma se orienta a modificar las sanciones, también se contienen en ella declaraciones importantes en aspectos de derecho privado del contrato, como es el intento por ofrecer una noción del cargador o remitente (art. 22.1 LOTT) las partes del contrato de transporte de mercancías; o una redefi-

nición de las obligaciones de carga y descarga de las mercancías, y el correspondiente régimen de responsabilidad por dichas operaciones (art. 22.2 LOTT). Es cierto que no todas las soluciones son enteramente novedosas, pues algunas de ellas ya se encontraban recogidas en las Condiciones generales de la contratación establecidas en la Orden de 25 de abril de 1997.

2. Relaciones entre normativa administrativa y jurídico-privada en el transporte

Ello plantea otra cuestión de fondo, como es la de las relaciones entre normativa administrativa y jurídico-privada. Y es que, a mi juicio, nos hallamos ante una oportunidad inmejorable de recomponer, en el ámbito del transporte, las relaciones entre ambas. En efecto, constituye una crítica recurrente (y creo que justificada) que se ha producido en materia de transporte terrestre una creciente intromisión del legislador administrativo en la regulación de aspectos exquisitamente contractuales. La LOTT y su Reglamento de desarrollo son buena muestra de ello, conteniendo importantes normas de naturaleza jurídico-privada, y la última reforma operada por la Ley 29/2003 no haría sino incidir en ello. Es cierto que este fenómeno ha venido propiciado por la propia "indolencia" del legislador mercantil, que en este terreno no ha estado demasiado ágil a la hora de acometer la reforma.

Al margen de ello, resulta necesario depurar y aclarar el panorama, terminando con la tradicional conmixtión de normas públicas y privadas, destinando a su sede natural (el Código de Comercio o, en su caso, la ley especial que se promulgue) las normas jurídico-privadas del contrato de transporte, y dejando a la normativa administrativa la regulación de ordenación.

3. Papel de la autonomía de la voluntad en la futura regulación

Otra cuestión de carácter general que sin duda ha de ser abordada es la relativa al papel que debe jugar la autonomía de la voluntad en la nueva regulación. Lo digo precisamente porque, como saben, el CMR –que previsiblemente será el modelo– es, casi en su integridad, imperativo, por lo que las partes no pueden hacer apenas uso de la libertad de pactos para apartarse del régimen establecido (lo que contrasta con el carácter predominantemente dispositivo de la normativa sobre el contrato de transporte recogida en el Código de comercio). También alguna de las últimas reformas legislativas europeas sobre transporte (es el caso alemán) ha optado por establecer un régimen totalmente dispositivo, previendo la posibilidad de que las partes puedan pactar un régimen distinto entre ellas.

En realidad, la cuestión probablemente deba responderse de la mano de otra pregunta, como es la relativa al papel que han de tener los consumidores en la futura regulación: ¿ha de preverse específicamente el supuesto de la intervención de usuarios no profesionales en el contrato de transporte, para, en su caso, establecer un régimen distinto (más tuitivo)?

Piénsese que, en función de ello, podría fijarse un régimen totalmente dispositivo cuando el contrato se celebrase entre empresarios, en tanto que si el contrato se llevase a cabo con un usuario no profesional, podría decretarse un carácter imperativo mínimo para el contrato (es en definitiva, lo que se ha hecho en Alemania).

La verdad es que la solución anterior –que encuentro personalmente bastante atractiva- tropieza con algunos problemas. En primer lugar, creo que es cuestión que depende del propio concepto del contrato de transporte que se quiera regular. Conviene no olvidar que de lo que estamos hablando es de modificar la regulación contenida en el Código de Comercio para el contrato (mercantil) de transporte (básicamente de mercancías), por lo que podría pensarse que habrá que determinar antes qué concepto de contrato de transporte ofrecemos, lo que nos introduciría en el espinoso tema de los contratos mercantiles, civiles, y los mixtos o unilateralmente mercantiles, en el que no se puede entrar en profundidad en este momento.

Baste decir que la solución más sensata pasaría por una actualización del contrato mercantil de transporte, actualmente contenido, en términos no del todo satisfactorios, en el art. 349 C. de c. Y pasaría por decidir primero si se quiere mantener la categoría del contrato civil de transporte, porque como todo el mundo sabe, este contrato disfruta en la actualidad de una doble regulación, mercantil y civil (aunque esta última se reduzca a tres artículos carentes de contenido).

Ahora bien, con independencia de ello, y del concepto de contrato de transporte mercantil por el que se opte en la reforma, no creo que sea difícil encajar el tema de la tutela del consumidor. Y es que, en efecto, no puede desconocerse que son algunos los lugares en que la dicotomía entre contrato civil/ contrato mercantil (tradicional en nuestro derecho privado) empieza a ser sustituida por la de contrato entre profesionales o empresarios, y contrato entre un profesional (o empresario) y un consumidor, motivo por el cual, sin perjuicio de cuál sea el concepto de contrato de transporte (mercantil) de mercancías que finalmente se acoja, a los efectos de determinar el carácter imperativo o dispositivo de la normativa, sí se podría tener perfectamente en cuenta la intervención del consumidor.

Por supuesto, los contratos celebrados con consumidores –ya quedó dicho- deberían quedar excluidos de la posibilidad de ser derogados por las partes (al menos en perjuicio del usuario). Ahora bien, lo que tampoco ofrece duda es que el consumidor no puede ser tomado como base o criterio para elaborar la futura regulación (sino que más bien ha de tenerse en cuenta su posible intervención en el contrato para matizar determinadas soluciones establecidas para un contrato que, preferentemente, es concluido entre empresarios). A partir de aquí se abre un nuevo interrogante de tipo general: partiendo de que la equidistancia es muy difícil, ¿debe darse preponderancia a los intereses de un sector (cargadores) sobre otro (el de los portadores)? ¿Qué óptica, en definitiva, es la que debe adoptarse a la hora de proceder a la regulación? ¿Ha de presumirse idéntico bargaining power entre ambos sectores, o debe presumirse una necesidad

especial de tutela en alguno de ellos? ¿Cuál es aquí el eslabón débil de la cadena?

Ahora bien, al margen de la protección que se quiera dispensar al usuario no profesional y partiendo del supuesto de contrato celebrado entre profesionales, aunque pudiera declararse dispositiva la regulación legal del contrato de transporte, no ceo que ello deba serlo sin una serie de límites a la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, me cuesta creer que cuestiones tales como los plazos de prescripción, o la limitación del quantum de la deuda de responsabilidad legalmente establecida, por poner tan sólo dos ejemplos, puedan venir derogados por las partes (especialmente a la baja) ni siquiera por vía de pactos negociados individualmente. Obsérvese que ello podría llevar a una peligrosa reducción de los límites de responsabilidad del transportista (ya de por sí bajos).

Al margen de ello, y de momento, el legislador (a través de la reforma operada por la citada Ley 29/2003) lo único que ha establecido es la posibilidad de que reglamentariamente se prohíba o limite la participación activa en las operaciones de carga, estiba, desestiba y descarga de las mercancías por parte de ciertos conductores de vehículos pesados (aquellos para los que se requiere permiso de las clases C+E) (camiones de más de 3.500 kg. con remolque de más de 750 kg.) (art. 22.5 LOTT), prohibición cuya infracción se elevaría a la categoría de “infracción muy grave” según el nuevo art. 140.21 LOTT. Desde el punto de vista que interesa en esta sede (el del papel de la autonomía de la voluntad en la conformación del contrato), la norma, así vista, probablemente resulte excesiva, sin que estén del todo claras las razones de la prohibición.

4. Sujetos del transporte

En el plano de los sujetos del transporte, son sin duda muchas las cuestiones que habrían de ser tenidas en cuenta. Así, por ejemplo, resulta una ocasión excelente para que la reforma aborde el tema, dogmáticamente muy complejo, de la exacta naturaleza jurídica de la figura del destinatario, actualmente tan controvertida. Básicamente, y resumiendo mucho, las opciones pasan por seguir considerando al destinatario como un tercero ajeno al contrato (aunque puede derivar derechos del mismo), o bien considerarlo como parte del contrato, que se adhiere al mismo sobrevenidamente, en el momento de reclamar las mercancías.

Téngase en cuenta que, en directa relación con ello se sitúa la respuesta a las posibles cuestiones de legitimación activa que pueden suscitarse como consecuencia de la ejecución del contrato, aspectos que también convendría regular (me refiero a si, ante un supuesto de daños en las mercancías, la legitimación activa ha de atribuirse a quien retenga el llamado “poder de disposición” sobre las mercancías, o el criterio a emplear ha de ser otro: p.ej., dar entrada al dato del perjuicio económico, legitimando a quien haya visto dañados sus intereses económicos).

Pero también por lo que respecta al legitimado pasivo (es decir, al porteador) se plantean cuestiones que han de ser resueltas por el legislador

con motivo de la reforma. De ellas destacaría, sin duda, la urgencia de la aclaración del papel del comisionista de transportes del actual art. 379 C. de c. En efecto, figura controvertida como pocas, si uno atiende a las diversas opiniones doctrinales y sentencias jurisprudenciales, no es posible afirmar si nos encontramos ante un simple comisionista, o ante un verdadero porteador. Desde luego, no ayuda la redacción confusa, del Código de comercio. Por su parte, se trata de una cuestión donde también la propia LOTT (arts. 119 ss.) y su Reglamento de desarrollo han querido pronunciarse, con lo que el cuadro final es bastante confuso.

En relación con ello, probablemente también haya llegado el momento de positivizar, de forma directa o indirecta, la dicotomía entre porteador contractual y porteador efectivo (que, a mi juicio, es lo que se oculta tras la figura del comisionista de transportes), aclarando de una vez por todas la materia. Y es que, si se tienen en cuenta las implicaciones que puede conllevar la exacta calificación de alguien como porteador o como comisionista (a efectos de diligencia exigible, o de responsabilidad), considero que ha de ser objeto de pronunciamiento expreso y claro por parte del Código de comercio.

5. Documentación del contrato

Por lo demás, cuestiones como las relativas a la documentación del contrato previsiblemente sufrirán modificaciones que serán menores, en comparación con las que experimentarán otras parcelas del contrato. En esencia, entiendo que la naturaleza del contrato no sufriría mutación (es decir, se seguiría admitiendo que nos hallamos ante un contrato consensual, con la consiguiente posibilidad del contrato no formalizado por escrito). Por su parte, la carta de porte seguiría revistiendo naturaleza probatoria privilegiada, como hasta ahora (pues no creo que se trate de un verdadero título-valor en sentido estricto).

Ahora bien, no quiere ello decir que no deban acometerse reformas también en este terreno. A mi juicio, son dos, al menos, las cuestiones que han de quedar clarificadas. De una parte, se trataría de conocer cuáles son los requisitos de las reservas en la carta de porte, y cuáles las consecuencias de la introducción de reservas sobre la carta de porte. En este terreno, yo creo que la solución del CMR (desvirtuar el papel probatorio privilegiado que reviste la carta de porte) parece suficientemente acreditada y debe ser acogida.

Por otra parte, considero que también habrá de regularse con detalle en la nueva normativa legal la posibilidad de sustituir la carta de porte por soportes telemáticos/informáticos.

6. Sobre las obligaciones de estiba, carga, desestiba y descarga

En otro orden de cosas, igualmente sería conveniente llevar al Código aspectos que ya figuran tratados en la normativa legal de ordenación, tales como la obligación de cargar y estibar (o descargar y desestibar)

(cfr. art. 22.2 y 3 LOTT, tras la reforma operada por Ley 29/2003). Probablemente también, el sentido de la actual normativa sea el correcto, dando preferencia, como regla, a la voluntad de las partes, y haciendo depender la norma supletoria del tipo concreto de transporte (en régimen de carga completa o fraccionada).

En efecto, tratándose de transporte en régimen de carga fraccionada (que se sigue definiendo en función de que “resulten necesarias operaciones previas de manipulación, grupaje, clasificación, etc.”), las operaciones de carga y descarga serán por cuenta del porteador, salvo que otra cosa se pacte expresamente. Además, igual que sucedía con anterioridad, la estiba y la desestiba de las mercancías serán siempre por cuenta del porteador (art. 22.3 LOTT) (pues se parte de que afectan a la seguridad de la conducción, máxime cuando se trata de transporte en carga fraccionada). Como correlato lógico, la norma declara al porteador responsable de los daños que se ocasionen como consecuencia de las operaciones que le corresponda realizar.

En el caso del transporte en régimen de carga completa, las operaciones de carga y descarga correrán por cuenta del remitente y del destinatario, respectivamente, salvo que otra cosa se pacte antes de la efectiva presentación del vehículo para su carga o descarga (art. 22.2 LOTT). Esta última novedad parece razonable, teniendo en cuenta que para el porteador puede resultar de mucho interés conocer, con una cierta antelación, si le corresponde efectuar las labores de carga (para, en su caso, enviar un conductor distinto, con más o menos experiencia en dichas labores). Al propio tiempo, ello pretende resolver de raíz la discusión en torno a si el conductor puede considerarse, a estos efectos, provisto del necesario poder para vincular con sus actos o declaraciones a la empresa.

El mismo régimen (hacer prevalecer la autonomía de la voluntad y, en defecto de pacto, hacer recaer la obligación sobre el cargador y el destinatario) se aplica a las operaciones de estiba y desestiba.

A partir de este esquema, la Ley diseña, en su nueva redacción, un régimen de responsabilidad por los daños que pudieran causarse debido a una deficiente carga, estiba, o descarga. En parte –pero no totalmente- lo hace siguiendo el modelo del ROTT y de las condiciones generales.

De otra parte, y siquiera sea sucintamente, en la reforma del contrato deberían preverse las consecuencias de la actuación de personas bajo el control temporal de una de las partes del contrato, cuando intervienen en las labores de carga o descarga, situándose bajo la esfera de control de la parte obligada a cargar o descargar. En este sentido, ha de considerarse acertado el actual art. 22.2, párrafo 3º LOTT, cuando decreta la responsabilidad del porteador por los daños causados por una carga o descarga inadecuada, cuando hubiese sido él, o personal de él dependiente, quien hubiese llevado a cabo dichas operaciones. En una línea parecida, la actual redacción del art. 22.2 LOTT hace recaer sobre el porteador la responsabilidad por los daños sufridos por las mercancías transportadas

“como consecuencia de una estiba inadecuada, aun cuando tal operación se hubiera realizado por el cargador o remitente, si éste la llevó a cabo siguiendo las instrucciones impartidas por aquél”.

A mi juicio, estas normas caminan en la dirección correcta, y bien podrían pasar a formar parte de la futura regulación del contrato de transporte terrestre de mercancías.

7. Sobre la responsabilidad del porteador

Sin duda, uno de los temas que resultarían notablemente modificados con ocasión de una eventual reforma sería el de la responsabilidad del porteador. ¿Cuál tendría que ser el régimen de responsabilidad aplicable? Lo cierto es que no resulta muy aventurado pensar que se vaya a acoger, también aquí, un sistema muy similar al del CMR. Con ello se acabaría con el régimen, un tanto desconcertante, del Código de comercio. En efecto, puede afirmarse que, en comparación con el rigor tradicional de la responsabilidad ex recepto del porteador, el sistema que dibuja el Código de Comercio es sustancialmente más ventajoso. Y lo mismo cabría decir si se compara con el que resulta del CMR. Y es que el Código de Comercio, básicamente, hace responder al porteador sólo en los casos en que el daño haya sido causado por culpa. Más en concreto, lo que se dice es que el cargador tendrá que soportar el riesgo de pérdida o avería que experimenten las mercancías “por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza o vicio propio de las cosas” (art. 361.2). Cosa distinta es que sea el porteador a quien corresponde expresamente la prueba de alguna de estas circunstancias exoneratorias (art. 361.3), con lo que se viene a consagrar un “régimen de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba”.

El sistema se completa con otra norma importante en el aspecto probatorio, como es la dispuesta en el art. 362. En efecto, ya ha dicho como es el porteador quien, para exonerarse debe probar la concurrencia de “caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas”. Acto seguido sin embargo, se advierte que el demandante puede aportar la contraprueba, al señalarse que “el porteador, sin embargo, será responsable de las pérdidas y averías que procedan de las causas expresadas en el artículo anterior [se está refiriendo al caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio], si se probare en su contra que ocurrieron por su negligencia [...]” (art. 362.1 C. de com.). El precepto continúa, pero lo esencial está dicho. La norma, en su generalidad, es probablemente criticable, pues no se entiende como pueda hablarse, por ejemplo, de caso fortuito o de fuerza mayor si simultáneamente concurre negligencia del porteador.

Si este sistema se coteja con el del CMR, aparecen claras las diferencias: no sólo porque el segundo es muchísimo más sofisticado, sino también porque difieren en el fundamento mismo de imputación de responsabilidad (claramente anclado en la culpa en el caso del transporte interno); de otra, en el más limitado elenco de causas de exoneración del porteador previstas en el Código si se compara con el CMR (así como la distinta forma de operar en el campo de la prueba, pues las causas de exo-

neración han de ser probadas en su integridad por el porteador nacional para exonerarse, sin establecerse presunción alguna); o, en fin, en el carácter en buena medida dispositivo del régimen establecido en el C. de com., frente a la imperatividad del CMR (art. 41).

No puede ocultarse –aunque ello suministre escaso consuelo– que la obsolescencia del régimen legal en la materia se intentó corregir a través de las “condiciones generales” de la Orden de 25 de abril de 1997, que introducen ciertas innovaciones que apuntan claramente a una aproximación al CMR. De hecho, se establece una muy importante presunción en el campo de la prueba, que recuerda a la que figura en el CMR. Así, frente al sistema del Código, donde es el porteador quien ha de probar, si quiere exonerarse, el caso fortuito, la fuerza mayor o la naturaleza y vicio propio de las cosas”, se nos dice que “en todo caso, se presumirá probada la concurrencia de tales causas”, si el porteador prueba que los daños “han podido resultar de los riesgos particulares inherentes” a una serie de circunstancias enumeradas en el propio Anexo (condic. 2.24): empleo pactado de vehículo abierto o no entoldado; ausencia o deficiencia de embalaje; insuficiencia de las marcas o inscripciones de los bultos; mercancías susceptibles por su propia naturaleza a romperse, enmohecerse, deteriorarse, desecarse, etc. (salvo cuando se haya pactado el empleo de un vehículo isoterma o frigorífico); animales vivos; huelga y tumulto.

Ahora bien, aunque en las condiciones generales se mantiene la posibilidad de hacer responder al porteador suministrando la contraprueba (igual que vimos ocurría en el C. de com.) a mi juicio se hace sin la debida coordinación. En efecto, si se lee la condic. gral. 2.24, párr.3º se aprecia como se reproduce casi al pie de la letra lo establecido en el art. 362 C. de com. Sin embargo, ninguna referencia se contiene a la posibilidad de suministrar la contraprueba acerca de la verdadera causa del daño. Y es que, si se permite la exoneración sobre la base de meras presunciones, lo lógico es que se permita al demandante suministrar la prueba de que el daño no ha tenido por causa alguno de los riesgos enumerados (tal como hace el CMR en su art. 18.2 i.f.). Sin embargo, las condiciones generales no sólo no lo hacen, sino que comienzan su enumeración de las exoneraciones con el siguiente inciso: “en todo caso, se presumirá probada la concurrencia de las causas de exoneración”, que pudiera hacer pensar que nos encontramos ante una presunción iuris et de iure. De ser así se alejaría peligrosamente del modelo en un extremo que reviste la suficiente importancia.

No obstante, y pese a las buenas intenciones por actualizar el sistema, se aprecia cómo sigue siendo un freno importante la existencia misma de la regulación contenida en el Código, como se pone de relieve en que se siga anclado en la fórmula de la “fuerza mayor y el caso fortuito” como límite de responsabilidad, y no se haya sustituido por uno más acorde con el moderno Derecho del transporte, como son las “circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir” del art. 17.2 CMR. Es cierto que ello resulta coherente con la naturaleza de la norma (Orden ministerial), incapaz de alterar el texto de la Ley. Pero no es

menos cierto que en otros puntos las condiciones generales sí que van más allá de lo que dice el Código.

8. Acerca de las limitaciones de responsabilidad

Directamente relacionada con la cuestión anterior, debe hacerse referencia igualmente a las limitaciones de responsabilidad en favor del porteador que se establecen en cualquier sistema de transporte (también en el actualmente vigente en Derecho español). En particular, me referiré a cómo creo yo que esta materia tendría que estar en la futura reforma. No tanto por lo que hace a la limitación consistente en que, en caso de pérdidas y averías, el porteador no haya de pagar todo el daño causado (piénsese en el lucro cesante) sino única y exclusivamente el “daño directo en” las mercancías, conforme al valor de las mercancías en el lugar de la entrega (art. 363). En lo esencial, el sistema seguido en este punto es idéntico al recogido en el CMR, con la importante diferencia de que el valor de las mercancías a tener en cuenta bajo el CMR es el del lugar de toma en carga, y no el de destino.

El objeto de preocupación, más bien, se centra en la limitación por antonomasia (aquella que se refiere propiamente al quantum de la deuda indemnizatoria). En efecto, una vez obtenida la cantidad a pagar, habrá que cotejar la cifra que resulte con el límite legal o reglamentariamente establecido. En el caso español, esta cantidad tradicionalmente había venido establecida en el art. 3 Reglamento de desarrollo de la LOTT (decretado con la oportuna habilitación legal contenida en la LOTT), que fijaba la cantidad de 450 ptas. por kilogramo (de mercancía perdida o averiada). Dicha cantidad sería posteriormente elevada a 600 ptas. (3'60 euros) por kilogramo en virtud del R.D. 11 de julio de 1997.

En el supuesto de retraso dicha cantidad se sustituye por “el precio del transporte” (art. 3.1 ROTT), lo que resulta más coherente. Y es que, si en casos de retraso los daños típicamente resarcibles son los consecuentes (y no los daños directos en las mercancías), el peso de las mercancías no suministra un parámetro fiable para establecer el límite (a pesar de ello, el Derecho español lo adoptó como límite para los casos de retraso hasta hace no demasiado tiempo -art. 3.1. ROTT hasta la reforma de 1997-, y sigue diciéndose aún hoy en las condics. 2.19 y 2.30 Anexo A).

Pues bien, la materia ha sido objeto de una modificación importante en fechas no demasiado lejanas. Por virtud de la ya citada Ley 29/2003, y adoptando una decisión que hace tiempo que tendría que haberse tomado, se procede a elevar el rango normativo del precepto que fija las limitaciones. A partir de ahora, y “salvo que expresamente se pacten unas cuantías o condiciones diferentes”, la responsabilidad del porteador por pérdida o averías en las mercancías transportadas no podrá exceder de 4'5 euros por kilogramo (art. 23.1 LOTT). Se mantiene asimismo la limitación, para la responsabilidad en caso de retraso, en el precio del transporte, salvo que se pacten cuantías diferentes de manera expresa (art. 23.1 LOTT). Como se ve, no sólo se modifican las concre-

tas cantidades, sino que también, y sobre todo, se eleva el rango de la norma que las establece.

En general, estas limitaciones suponen, es cierto, un privilegio en favor del porteador, que históricamente tenía su justificación en el rigor con que el mismo era tratado. En la actualidad, y dado que el Código de Comercio optó por el criterio de la culpa como base de imputación de responsabilidad, mantener la limitación es, en efecto, otorgar al porteador una situación de privilegio en comparación con el deudor ordinario del Derecho común. Incluso se podría decir que el privilegio es mayor que en el caso del transporte internacional, no sólo por lo bajos que son los límites, sino por la distinta función que cumple la culpa. Sin embargo, no puede ocultarse que la limitación de responsabilidad tiene su razón de ser en el desconocimiento acerca del valor o destino exacto de las mercancías. De conocerlo, el porteador, o bien no transportaría, o lo haría en condiciones mucho más gravosas para el cargador.

La materia relativa a las limitaciones de responsabilidad es, sin duda, uno de los puntos esenciales que habrá de afrontar la futura reforma del Código de comercio. Así, parece que la limitación relativa al quantum de la deuda es, hoy por hoy, y si se compara con las cantidades que se manejan en algunos de los países de nuestro entorno, excesivamente baja. Esos 4'50 euros por kilogramo de mercancía perdida o dañada, a pesar de la última elevación experimentada, sigue siendo poco y ciertamente debería revisarse al alza, a fin de aproximarlos, si no totalmente, sí en buena medida, a una cantidad en euros cercana a esos 8'33 unidades de cuenta (en torno a 11 euros) por kilogramo que figuran en el CMR.

Por otra parte, en la dicotomía entre incorporar la exacta cuantía de la limitación al texto del Código o de la Ley especial correspondiente, o remitirlo a una norma reglamentaria, parece que, frente a lo que ha sido la tendencia hasta ahora, el legislador ha optado por la primera vía ("legalizando" la cuestión y optando por darle sede legal en el art. 23.1 LOTT).

Aunque podría pensarse que la presencia de las cantidades en un texto reglamentario facilita la actualización de la cifra, ha de aplaudirse la decisión del legislador de incorporar las cantidades al texto de la Ley. Y ello porque, probablemente, de esta forma nos ahorrará ciertas interpretaciones de la jurisprudencia que considero no suficientemente fundamentadas. En efecto, más que la cuantía exacta de la limitación, lo que resulta preocupante es el tratamiento que le ha dispensado la jurisprudencia española a esa limitación de responsabilidad. Y es que son bastantes las sentencias de tribunales españoles (no sólo Audiencias Provinciales, sino incluso del Tribunal Supremo) que se muestran enormemente reacias a las limitaciones de responsabilidad, y, sencillamente, acaban declarando la responsabilidad ilimitada del porteador en casos en los que no "avisó" al cargador de la posibilidad de pactar una declaración de valor o de asegurar [así, la STS de 29 de julio de 2002, por citar una no demasiado lejana]. Esto, que en relaciones con consumidores podría pensarse que tiene algún sentido, no parece que lo tenga cuando quien actúe como cargador sea un

empresario. En realidad, en la actualidad, a raíz de la derogación del art. 222 Reglamento de desarrollo de la LOTT (que obligaba al porteador a informar de la limitación de responsabilidad cuando el cargador fuera consumidor), carece, a mi juicio, de base ni siquiera en el caso de los cargadores no profesionales.

A poco que se reflexione sobre esto se llegará a la misma conclusión. En efecto, la jurisprudencia española, cuando decreta la responsabilidad sin tasa del porteador por no haber informado de la limitación de responsabilidad, y de la posibilidad de pactar límites superiores o de asegurar las mercancías, parece olvidar que se trata de una limitación, no convencional o establecida en condiciones generales del transportista, sino rigurosamente legal y, por tanto, se impone a las partes con independencia de su voluntad. Se podrá estar o no de acuerdo con la existencia de la limitación, o con lo reducido de su cuantía (esos 4'50 euros parece en efecto poco), pero de ello no son los porteadores los culpables, sino, en todo caso, la Administración. No tiene ningún fundamento esta interpretación jurisprudencial (salvo las habituales consideraciones de justicia material que parecen planear sobre muchas resoluciones judiciales), que hace cargar sobre el porteador lo que, en definitiva, no es sino una decisión del legislador. Si esa limitación de responsabilidad se impone a las partes del contrato en virtud de una disposición reglamentaria (o, ahora, legal), no tiene nada que ver con las condiciones generales del porteador, o con la información que se le dé o no al cargador. Ha de presumirse, por tanto, conocida de todos.

La última reforma legal no hace sino reforzar, a mi juicio, esta interpretación (al dotar de mayor seguridad jurídica y legitimidad a las limitaciones de responsabilidad), con lo que es de esperar que no sigan repitiéndose pronunciamientos judiciales como los referidos. La eventual reforma global del contrato de transporte debería también servir para aclarar, de una vez por todas, esta materia. Al propio tiempo, no se oculta, ello debería ir unido a una reformulación de la situación del transporte en el que interviene un consumidor, estableciendo, en su caso, ciertas especialidades de tutela del usuario no profesional (claramente necesarias en el sector del transporte urgente, cada vez más pujante), pero sin olvidar que, al menos por cuanto se refiere a limitaciones legales, la cuestión no se puede resolver en clave de cláusulas abusivas: es decir las limitaciones legales no son condiciones generales que impone el porteador al usuario, y su existencia, como la de cualquier norma que se publica en el BOE, debe presumirse conocida por todos (el porteador no es culpable de que el BOE no llegue a todos los hogares).

9. Sobre la actualización del dolo y la culpa grave

En fin, otro de los aspectos que necesariamente han de quedar resueltos en la futura reforma del Derecho del transporte es, sin duda, la exacta determinación del grado de negligencia a partir del cual dejan de jugar las limitaciones de responsabilidad y demás privilegios establecidos a favor del porteador. Me refiero, claro está, a la manida cuestión de si solamente el dolo, o también la culpa grave debe hacer saltar el sistema de limitaciones de responsabilidad. Lo cierto es que no resulta fácil dar una

respuesta tajante sobre la base del derecho positivo del transporte en general (aunque parece que, al menos en el ámbito del transporte terrestre, solamente el dolo desata tales efectos). Sea como fuere, y sin entrar a terciar en esta cuestión, probablemente estemos ante un momento irrepetible de aclarar el tema y, sobre todo, de adoptar fórmulas más actuales, como la que se contiene en Derecho alemán (u holandés), así como en otros convenios internacionales (como el Convenio de Varsovia, versión de 1955), que hablan de daño causado por acción u omisión del porteador o sus auxiliares realizados “con intención de causar el daño, o con temeridad y a sabiendas de que probablemente causaría un daño”.

La cuestión, hasta ahora, se resuelve en los siguientes términos. El art. 23.1 LOTT era la norma legal que habilitaba al Gobierno a fijar límites máximos de responsabilidad del transportista, para el caso de pérdidas, daños o retraso. A partir de ahí, como se ha dicho, el art. 3 del Reglamento de la LOTT fijaba las concretas cantidades en su art. 3 (esas 600 ptas. por kilogramo, o el precio del transporte en caso de retraso). Ahora bien, tanto la norma legal como el precepto reglamentario, tenían mucho cuidado en señalar que ello sería así “salvo para caso de dolo” (art. 23.1 LOTT), o que “las limitaciones previstas [...] no serán de aplicación cuando el daño se produzca mediando dolo del transportista” (art. 3.4 ROTT).

Con motivo de la reforma tantas veces mencionada (Ley 29/2003), se da nueva redacción al art. 23.1 LOTT, y las limitaciones de responsabilidad pasan a incluirse en el texto legal. Sin embargo, el mismo no contiene ninguna referencia expresa al dolo, aunque el mismo ha de seguir entendiéndose aplicable: y ello no sólo por la existencia del art. 3.4 ROTT (que no ha sido modificado), sino por aplicación de los principios generales del derecho.

10. Reservas y plazo de prescripción

Por último, es igualmente obvio que tiene que ser reformulada toda la cuestión de los plazos, tanto para expresar las reservas por averías o pérdidas (y daños causados por retraso), como por lo que se refiere al plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización.

En efecto, parece excesivamente breve el plazo de 24 horas que fija el art. 366 C.de c. para la reclamación por averías o pérdidas ocultas (frente a los siete días del art. 30 CMR). Además, las consecuencias de la ausencia de reclamación también son excesivas y debieran revisarse: la pérdida de las acciones (frente al texto del CMR, que tan sólo decreta que en tales casos, se presume recibida la mercancía en el estado descrito en la carta de porte, “salvo prueba en contrario”).

De otra parte, dada la naturaleza de los daños indemnizables en caso de retraso (daños indirectos), parece también acertado el establecimiento de un plazo relativamente amplio (como son los 21 días que establece el CMR), para formular reservas escritas al porteador.

Por lo que se refiere al plazo de prescripción de la acción (tanto para reclamar el pago de los portes, como para exigir responsabilidad por pérdida, daños en las mercancías o retraso en su entrega), la reforma no debe ir dirigida tanto a modificar los concretos plazos (salvo que se quisiera ir a un plazo común de un año, unificando la dualidad ahora existente de seis meses y un año), cuanto, tal vez, a reformular el momento inicial del cómputo del plazo, para contemplar los supuestos –frecuentes– en que no se pacta un plazo de entrega. En fin, también sería conveniente reflexionar sobre la oportunidad de “importar” la figura de la suspensión de la prescripción que se contiene en el CMR (si bien, probablemente, ello exigiría de una actualización completa del vetusto sistema de la prescripción de acciones previsto en Derecho español).

ASPECTOS JURÍDICO LABORALES DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

por

Jose Manuel PEREIRA MENAUT

Abogado laboralista

(Madrid)

1. Conservo un muy grato recuerdo de mi buen amigo, e ilustre jurista, Francisco Miguel Sánchez Gamborino, y no he podido por ello negarme a la invitación que me ha formulado su hijo, también estimado amigo y colega, Francisco José Sánchez-Gamborino, a escribir unas líneas, con el título que encabeza, para integrarlas en un libro que se va a publicar como homenaje a aquél.

Mi relación con Sánchez Gamborino se inicia en la segunda mitad de la década de los setenta del pasado siglo, en momentos de especial preocupación política y de efervescencia empresarial. En plena transición, extinguida, primero de hecho y poco después de derecho, la Organización Sindical -el Sindicato Vertical-, los empresarios percibieron la necesidad imperiosa de encontrar fórmulas asociativas que les permitieran unir sus esfuerzos para hacer frente a los retos que para ellos se derivaban de la nueva situación; sintieron la urgencia de unirse para que una entidad que fuesen todos, sin ser ninguno en particular, articulase la defensa de los derechos comunes de sus miembros, y, en la medida de lo posible, paulatinamente, plantease la batalla por la consecución de sus objetivos empresariales.

Creo que la principal dificultad que tuvieron que vencer fue su falta de hábito y aún de espíritu asociativo, consecuencia en gran medida de la situación de la que partían, en la que nada tuvieron que hacer para estar integrados, sin poder evitarlo además, en las distintas Agrupaciones Sindicales, Secciones Económicas, Juntas, Uniones, etc., lo que había hecho que aumentase el individualismo característico de los españoles. Pero a esa inercia se opuso su clara e inmediata percepción de la necesidad de estar unidos; era evidente, ante el cambio que se iba produciendo en todos los órdenes, y especialmente el que se vislumbraba, que solo uniéndose podrían los empresarios afrontar las nuevas realidades, tanto para dotar del adecuado marco jurídico a su actividad empresarial, cuanto para no ser víctimas indefensas de la confrontación social, que aumentaba cada día.

Y, efectivamente, hubo un núcleo muy importante de empresarios de todos los sectores de actividad que, olvidándose de lo que les diferenciaba, e incluso les separaba a unos de otros, pensando mucho más en lo que les unía, dieron un paso adelante. Y comenzó la constitución de asociaciones y federaciones empresariales, de todos los ámbitos. De conformidad con lo establecido en la Ley 19/1977, de 1

de abril, reguladora del derecho de asociación sindical, en cuyo artículo 1º se dice que “Los trabajadores y los empresarios podrán constituir en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos”, en el sector en el que tanto Sánchez Gaborino como yo desarrollábamos la mayor parte de nuestra actividad profesional, enseguida surgieron, entre otras muchas, las de empresas de transporte de mercancías, de distintos ámbitos: ASETIFAG, ANECAF, ANAT, F.N.T.M., etc.

Los empresarios transportistas que asumieron la tarea de constituir esas organizaciones, y, especialmente, los que cargaron sobre sus hombros el compromiso de sacarlas adelante, son acreedores del reconocimiento de sus compañeros y de cuantos empresarios han surgido después, en este sector, puesto que su dedicación a ese encargo, normalmente sin medida y en buena parte a costa de su actividad empresarial y, desde luego, de su tranquilidad y descanso y a veces de su salud, ha hecho posible sin duda alcanzar la situación que actualmente tenemos.

En aquellos momentos iniciales de febril actividad asociativa empresarial, en los que, además de preparar el con frecuencia difícil “día a día”, se perfilaban los objetivos a medio y largo plazo y se diseñaba el camino a seguir -la operativa, expresión muy al uso entonces-, en las numerosas reuniones que entonces se celebraban, coincidí con Sánchez Gaborino muchas veces, cada uno como asesor en su especialidad, y pude apreciar su gran cultura, su exhaustivo conocimiento de la legislación de transporte, y su gran capacidad, casi podría decirse su facilidad, para comprender enseguida lo que en cada momento podía ser la solución práctica de los problemas que se planteaban a las empresas y a sus asociaciones, formulando las propuestas pertinentes, que de ordinario eran aceptadas y convertidas en decisiones empresariales.

2. Es comúnmente aceptado que el elemento humano, el “factor trabajo” como se definía hace años, es un elemento fundamental en el desarrollo de las organizaciones empresariales. La empresa no podría jamás desarrollar su actividad si no contase, en mayor o menor número, con los trabajadores, de igual modo que no existirían éstos sin empleador que los ocupara.

Por otra parte, puede afirmarse sin temor que las relaciones laborales y todo lo concerniente al ámbito sociolaboral ocupa, desde hace ya siglos, un puesto fundamental no sólo en el presupuesto de la empresa, sino también en las preocupaciones y ocupaciones de cualquier empresa. La correcta gestión del complejo mundo de las relaciones laborales y el conjunto de factores que de una u otra forma influyen en el ámbito sociolaboral de la empresa, se ha convertido en condición “sine qua non” para el adecuado desenvolvimiento de la actividad de cualquier organiza-

ción empresarial y, sin duda, es uno de los principales condicionantes de la productividad de las empresas.

Y si podemos afirmar todo lo anterior con referencia a cualquier actividad del tejido empresarial, esta afirmación cobra especial relevancia en la empresa de transporte y, en concreto, del de mercancías por carretera, pues ha de tenerse en cuenta no solo el gran volumen de personal empleado y el contexto de permanente evolución en que se encuentra este sector, sino también que, por la propia naturaleza de su trabajo, los conductores gozan de gran independencia en el desempeño del mismo –pese a que en la actualidad se cuente con la ayuda de nuevas tecnologías, que permiten una mejor gestión de las flotas- y representan para el cliente la imagen de la empresa, por lo que la calidad, eficiencia, e incluso, la amabilidad con la que el conductor se desenvuelva, serán en muchos casos la mejor, o la peor, carta de presentación de la empresa en el mercado.

Como prueba de lo anterior basta con observar que desde siempre, pero especialmente en los últimos años, las cuestiones sociolaborales han ocupado permanentemente los titulares de las noticias de la prensa sectorial, han sido objeto de numerosísimos debates, ponencias y reuniones en cualquier foro del transporte, y han ocupado un lugar principal en la agenda de todas las organizaciones de transportistas.

Y al analizar los aspectos jurídico laborales del transporte de mercancías por carretera en un libro “In Memoriam” de Sánchez Gaborino, me siento forzado a hacerlo empezando por recordar la normativa jurídico laboral y las circunstancias en que se desarrolló nuestro trabajo, desde aquellas lejanas fechas a las que aludía anteriormente.

La regulación jurídica de las relaciones laborales sufrió en España, en la etapa de la Transición, profundos y continuados cambios, algunos trascendentales, hasta el punto de que el resultado fue una normativa sustancialmente distinta, en su conjunto, de la precedente, pasando de un régimen claramente intervencionista por parte de los poderes públicos, a uno de más aparente que real liberalización, al menos para los empleadores, en el que se mantuvieron, y en cierta medida aún se mantienen, situaciones y actitudes marcadamente paternalistas, pese a lo denostado de este término. Para centrar debidamente la cuestión y hacernos una idea cabal del “iter” de las relaciones laborales en general, y particularmente en el transporte, desde la época antes aludida, no parece ocioso recordar, aunque sea a muy grandes rasgos, y deteniéndonos solo en lo más destacado, la evolución jurídica de las mismas.

A - La Ley de Contrato de Trabajo, de 1944, estuvo plenamente en vigor hasta el 22 de abril de 1976, día siguiente al de publicación en el B.O.E. de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales,

que derogó todas las disposiciones legales que se opusieran a la misma; según se recoge en su exposición de motivos, la Ley de Relaciones Laborales había de entenderse como un paso intermedio de actualización legislativa, de cara a un proyecto de refundición en un solo texto de toda la dispersa normativa reguladora de las relaciones laborales.

De entre los preceptos de esta Ley cabe destacar, en esta superficial reseña, que fijó la jornada máxima en 44 horas semanales; que respecto del despido improcedente estableció el pago de salarios de tramitación y la readmisión obligatoria, salvo acuerdo de las partes o decisión judicial, con indemnización no inferior a seis meses de salario ni a dos meses por año de servicio, con el máximo de sesenta mensualidades, fijando coeficientes multiplicadores si el despido era mayor de cuarenta años o titular de familia numerosa; y que constituyó el Fondo de Garantía Salarial, sostenido con las cotizaciones de las empresas, con la finalidad de garantía para los trabajadores que su propio nombre indica.

B - La rápida evolución de la situación política española en aquellos días aconsejó dictar el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, con el propósito de sustituir la concepción política intervencionista “mediante una profunda reforma normativa, inspirada en el principio de liberalización de las relaciones de trabajo, en consonancia con los sistemas jurídicos imperantes en los países de Europa Occidental de nuestro mismo contexto cultural”.

Y efectivamente, el Real Decreto-Ley 17/1977 empezó regulando la huelga, lo que constituía una verdadera e importante novedad, puesto que rompía con uno de los fundamentos de nuestro derecho reciente, y lo hacía con un planteamiento muy abierto, si se considera el que aplicó al cierre patronal que también regulaba. Dicha regulación, depurada por varias sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente la núm. 11/1981, de 8 de abril, sigue vigente en la actualidad.

C - Dando cumplimiento a lo prevenido en el artículo 35.2 de la Constitución, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, aprobó el Estatuto de los Trabajadores, el cual derogó parcialmente el tan citado Real Decreto-Ley 17/1977 dejando en vigor tan solo, prácticamente, lo que se refiere a la regulación del derecho de huelga y del cierre patronal.

En esa versión inicial del Estatuto de los Trabajadores se contenía la regulación básica de las relaciones laborales con amplitud muy superior a la de las normas precedentes, y sus aspectos más destacables en este recordatorio podrían ser: a) Establece la presunción de que el contrato de trabajo se concierta por tiempo indefinido, aunque admite la posibilidad de contratos temporales; b) Atribuye al empresario la dirección y control de la actividad laboral; c) Establece el salario mínimo interprofesional, inembargable; d) Consagra el principio de compensación y absorción en

cómputo anual; e) Fija la jornada máxima semanal en 43 horas de trabajo efectivo si es partida, y 42 horas si fuera continuada (por Ley 4/1983 se redujo a 40 horas la jornada máxima semanal); f) Posibilita que en convenio colectivo o contrato individual se pacte la obligación de realizar horas extraordinarias; g) En caso de despido improcedente fija la indemnización en 45 días por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades, más los salarios de tramitación, cuyo pago impone al Estado en lo que exceda de 60 días si la sentencia que declara la improcedencia se dicta transcurrido ese plazo.

D) La difícil situación en que se encontraba el empleo en España el año 1994 hizo necesario acometer una nueva y trascendente Reforma Laboral, animada por las recomendaciones de la Unión Europea materializadas en el “Libro Blanco” de Delors, de 1993, relativo al “crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI”.

Esta reforma laboral se plasmó, fundamentalmente, en las leyes núm. 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, la núm. 11/1994, también de 19 de mayo, de modificación del Estatuto de los Trabajadores y otros textos legales, y la núm. 14/1994, de 1 de junio, que reguló las empresas de trabajo temporal. Mediante estas leyes se abordó, con esperanzada ilusión, la reforma laboral, afirmándose en la exposición de motivos de la primera de ellas que “La gravedad de la situación económica y su incidencia en el mercado de trabajo concede prioridad a la necesidad de acometer, de manera decidida y urgente, la reforma de las relaciones laborales con el objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo”, añadiéndose más adelante que, para conseguir este objetivo, “...junto a medidas de carácter estrictamente económico, es necesario abordar la reforma del marco de relaciones laborales, para, salvaguardando el necesario equilibrio de quienes las protagonizan, permitir con su intervención la permanente adaptabilidad a las circunstancias cambiantes de los procesos productivos y las innovaciones tecnológicas”.

La modificación de numerosos artículos del Estatuto de los Trabajadores y otros textos legales realizada mediante la Ley 11/1994 se justificó en la necesidad de fortalecer nuestra economía a través de una mejora de la competitividad de las empresas españolas, sin que ello supusiera una mera desregulación, reformándose el Estatuto de los Trabajadores “en una doble dirección: potenciar el desarrollo de la negociación colectiva, como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, e introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral”, entre los que se cuentan las modalidades de contratación, una definición más flexible del contenido de la prestación laboral pactada, y la adaptación de “los elementos definidores de la relación laboral –en cuanto al contenido, el lugar o el tiempo de la misma, así como las restantes condiciones de trabajo- a las necesidades cambiantes de los mercados y de los procesos productivos”.

Para las empresas de transporte de mercancías por carretera, y también para otras actividades, tuvo una especial importancia la adición del apartado 3.g) al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, hecha por la Ley 11/1994, dejando clarificada la naturaleza no laboral de la prestación de servicio de los transportistas autónomos, precepto que fue declarado acorde con el ordenamiento por varias sentencias del Tribunal Constitucional. También fueron de gran importancia: a) La presunción de que el contrato de trabajo es indefinido solo se mantiene respecto de contratos temporales en fraude de ley; b) Deja al acuerdo entre trabajador y empresario la fijación del contenido de la prestación laboral y su equiparación a categoría o grupo profesional, y queda como posibilidad que el trabajador tenga derecho a promoción económica por antigüedad; c) Fija la jornada de 40 horas como promedio semanal en cómputo anual, que podrá distribuirse irregularmente a lo largo del año, y establece la posibilidad de que las horas extraordinarias se abonen o compensen mediante descansos, no computándose a efectos de su número máximo las compensadas dentro de los cuatro meses siguientes a su realización; d) Al tratar de la movilidad geográfica, de la modificación de condiciones o del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, consagra el principio de que se entenderá que concurren las causas que las justifican cuando estas medidas contribuyan a superar una situación económica negativa o a favorecer la posición competitiva de la empresa o garantizar su viabilidad futura mediante la más adecuada organización de sus recursos; e) Declara la nulidad del despido solo cuando tenga por móvil causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, y en caso de despido improcedente establece la posibilidad de limitar los salarios de tramitación hasta la fecha del acto de conciliación, previo reconocimiento empresarial de la improcedencia y depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social; f) Permite que un convenio de ámbito superior pueda ser afectado durante su vigencia por acuerdos o convenios de ámbito inferior, superior al de empresa, dejando en tal caso exclusivamente cinco materias como no negociables en ámbitos inferiores; g) Impone la derogación de las Ordenanzas Laborales con efectividad de 31 de diciembre de 1994, o como más tarde en igual fecha del año siguiente, y prevé la posibilidad de que la autoridad laboral acuerde un arbitraje si fuera necesario evitar defectos de cobertura.

La última de las tres leyes de la reforma, la núm. 14/1994, reguló las empresas de trabajo temporal, expresando en su exposición de motivos que "...no puede olvidarse que el mercado de trabajo español no debe, ni puede, funcionar sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en la Unión Europea, porque la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales queda garantizada, solo nos permitirá converger realmente con Europa en la medida en que, entre otros requisitos, nuestras instituciones sean homologables".

Sigue vigente en la actualidad el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 14 de marzo, que recogió las modificaciones antes expuestas, y que ha sido afectado en gran medida por muchas y variadas disposiciones posteriores, siendo de señalar, a los efectos que aquí interesa destacar: La Ley 39/1999, que calificó como nulo el despido en determinados supuestos de conciliación de la vida familiar y laboral. La Ley 12/2001, de 9 de julio, que, entre otros temas, reguló el pacto de horas complementarias de los contratados a tiempo parcial, la jubilación parcial anticipada y el contrato de relevo, suprimió, en caso de contrata de obras o servicios de la propia actividad, el límite de la responsabilidad salarial –antes fijado en lo que correspondería cobrar a personal fijo de la empresa principal- y añadió obligaciones de información, y estableció la indemnización al finalizar determinados contratos temporales. Y la Ley 45/2002, de 12 de diciembre que, además de modificar la regulación de la prestación y del subsidio por desempleo, declaró la extinción del contrato en la fecha del despido disciplinario siempre que, correspondiendo la opción al empresario, éste reconociera la improcedencia y ofreciese la indemnización, depositándola en el Juzgado de lo Social, en cuyo caso los salarios de tramitación se limitan hasta la fecha del depósito, no devengándose si éste se realiza dentro de las 48 horas siguientes al despido.

Tuvo gran importancia para el transporte de mercancías, dada la abundancia de tiempos muertos en casi todos sus subsectores, la regulación de las jornadas especiales de trabajo hecha por el Real Decreto 2001/1983 y después por el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, vigente en la actualidad, en la cual se consagró, para conductores, ayudantes y personal de viaje en el vehículo que realice trabajos relacionados con el mismo, con sus pasajeros o con su carga, la posibilidad de distinguir entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia, al que define como aquél en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, con una duración máxima de 20 horas semanales de promedio en cómputo mensual, retribución no inferior a la de la hora ordinaria y cotización a todos los efectos a Seguridad Social.

3. Dictada la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical, de la que ya hemos hablado, que afectaba tanto a empresarios como a trabajadores, fue posible iniciar al margen de la Organización Sindical los primeros compases de la negociación colectiva, puesto que ya había sindicatos y asociaciones empresariales que ostentaban la representación de trabajadores y de empresarios, bastando el recíproco reconocimiento de las partes para que se admitiera a tal efecto la representatividad.

Se empezó entonces una frenética actividad negociadora, afectada fundamentalmente por la desconfianza con que recíprocamente se

miraban los interlocutores sociales. Consecuencia de ello fue la práctica incapacidad inicial de negociar, dada la actitud muy reservada y temerosa de los empresarios, y la exclusivamente reivindicativa, sin medida, de los trabajadores, hasta el punto de que hubo de dictarse el Real Decreto-Ley 43/77, de 25 de noviembre, sobre política salarial y de empleo, con objeto de establecer un criterio de referencia para el crecimiento de la masa salarial en cada empresa, fijándolo para el año 1978, en relación al año 1977, en el máximo del 22 por 100, incluidos aumentos por antigüedad y ascensos. Este porcentaje resulta hoy escandaloso, pero lo cierto es que la inflación habitual en aquellos años era tan alta que los incrementos salariales fueron de dos dígitos durante bastante tiempo.

Fue además muy difícil negociar porque, carentes todos de hábitos negociadores, los empresarios casi se limitaban a decir que si o que no, más que no, a las “plataformas” presentadas por los Sindicatos, y para éstos resultó muy atractivo utilizar como medio de presión el recurso a la huelga, o la simple amenaza de convocarla, ante lo cual con frecuencia la parte empresarial consideró que lo menos malo era dejar para otro momento sus propuestas y acceder a las exigencias sociales en la menor medida posible.

Por aquel entonces la negociación colectiva se vio también muy negativamente afectada por el hecho de que surgieron en la parte social de muchas mesas negociadoras algunas formaciones sindicales en las que se integraron, en papel de activismo beligerante, individuos foráneos procedentes de países entonces de gran conflictividad y en los que existía un ambiente de suma violencia. En nada contribuyeron a facilitar la negociación, sino todo lo contrario, y fueron los propios trabajadores los que, al ver que no conseguían resultados positivos y que aquella actitud les llevaba a una confrontación sin otra salida, dieron la espalda a dichas formaciones y prestaron su apoyo, aunque en una gran mayoría sin afiliarse, a sindicatos mucho más representativos.

Esta situación fue variando paulatinamente, gracias sin duda al esfuerzo de la mayoría de las personas que teníamos en todos los ámbitos, tanto en la representación empresarial como en la social, el encargo y la responsabilidad de participar en las negociaciones. Enseguida se puso de manifiesto la necesidad que tenían los interlocutores sociales de entenderse, y se fueron firmando convenios colectivos y alcanzando acuerdos al más alto nivel. Uno de los más significativos fue sin duda el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva, que fue suscrito el 5 de enero de 1980 por CEOE y UGT. No solo fue la demostración de la posibilidad real de alcanzar acuerdos, sino también del deseo de los signatarios de asumir “todo el protagonismo que les corresponde, logrando establecer a través de la autonomía de las partes las pautas de comportamiento laboral...”, fijándose en el mismo, para la negociación colectiva posterior, tanto las bandas de incremento salarial como la reducción de la jornada de trabajo y los pactos sobre productividad y absentismo; incluyó también acuerdos sobre la

acción sindical en la empresa y los delegados sindicales y miembros de los comités de empresa.

Otra prueba de este diálogo constructivo de los interlocutores sociales entre sí, y con el Gobierno, la constituyen muchas de las modificaciones legislativas a las que hemos ido haciendo sucinta referencia; cierto que la mayor parte fueron iniciativa del Gobierno o propuesta de las organizaciones sindicales, pero también las hubo debidas a la acción incansable de las entidades empresariales que, explicando su planteamiento por activa y por pasiva, siempre razonadamente y con argumentos de indudable peso, consiguieron, por ejemplo, que se reconociera que no es laboral la prestación de servicios de transporte realizada por un autónomo legalmente habilitado, y que se imputen al Estado los salarios de tramitación -y su repercusión en cotizaciones a la Seguridad Social- cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte más de sesenta días hábiles después de la presentación de la demanda.

Respecto de lo primero, se ponía así fin a aquella odisea de la laboralización que venían sufriendo las empresas desde la famosa sentencia “de los mensajeros”, pues si bien dicha sentencia declaró el carácter laboral porque la prestación personal del servicio era lo relevante, dado que el medio de transporte era un ciclomotor y no había casi inversión ni actuación propiamente empresarial, este criterio de laboralización fue haciéndose paulatinamente aplicable a cualquier relación que se mantuviera con un transportista persona física. Y en cuanto a la importancia de la segunda de las modificaciones legales aludidas, es suficiente con recordar el caso de una agencia de transporte de carga fraccionada, de Madrid, que tuvo entonces gran resonancia. Despidió a varios miembros de su Jurado de Empresa y los despidos fueron declarados procedentes por la Magistratura de Trabajo, pero recurrida la sentencia en casación ante el Tribunal Supremo -era entonces el recurso adecuado en caso de trabajadores aforados- terminó dictando sentencia estimatoria del recurso y de las demandas. Consecuencia: que por un fallo de la Administración de Justicia -pues está claro que oficialmente la sentencia de instancia estaba equivocada- la empresa se vio obligada a pagar los salarios de tramitación correspondientes a los varios años transcurridos desde la fecha del despido hasta la de la sentencia de casación. Injusto y gravemente perjudicial.

En el ámbito funcional del transporte de mercancías por carretera se fueron firmando convenios sectoriales en prácticamente todas las provincias, con una gran diversidad de textos, pues no fue posible alcanzar el objetivo empresarial de homogeneizar los distintos pactos colectivos, un poco en sus aspectos económicos y, especialmente, en su estructura y contenido.

Y hubo también varios intentos de negociar un convenio colectivo de ámbito nacional, que no llegaron a cristalizar, tras numerosas reuniones de los interlocutores sociales, porque las diferencias existentes entre los

pactos colectivos de unas y otras provincias, especialmente en lo económico, hicieron inviable cualquier intento de acordar un convenio colectivo único para toda España, aunque fuera escalonadamente. Además de que nadie podía pensar que los representantes de empresas y de trabajadores a nivel provincial, tan activos negociadores entonces, fueran a admitir dejar de ejercer sus competencias para fijar las condiciones de trabajo en su ámbito territorial.

Pero la Reforma Laboral de 1994, al disponer la derogación de las Ordenanzas Laborales a fin de ese año, o como más tarde el 31 de diciembre de 1995, hizo ver la necesidad de acometer el trabajo necesario para evitar que se produjeran vacíos normativos, ya que los convenios colectivos provinciales o de empresa no abordaban, ni mucho menos, todas las materias que se recogían en las Ordenanzas. En muchos sectores se impuso el pragmatismo y se comenzaron formalmente negociaciones tendentes a alcanzar acuerdos que sustituyeran las respectivas Ordenanzas, y uno de ellos fue el de transporte de mercancías por carretera, que comenzó de inmediato la negociación; por parte empresarial la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM), y por parte social la Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CC.OO.).

Resultó extraordinariamente laboriosa, y aún difícil, esta negociación, que en algunos momentos estuvo al borde del fracaso e incluso con amenaza de movilizaciones, pero se impuso el convencimiento de los negociadores de que era necesario autorregular las relaciones laborales del sector, evitar posibles vacíos normativos de la mayoría de los convenios - en otros se estaba pactando el mantenimiento de la aplicabilidad de los preceptos de la Ordenanza Laboral-, y, desde luego, la anunciada imposición de un arbitraje que resolviera estos problemas. El 20 de octubre de 1997 se consiguió, por fin, la firma del convenio colectivo estatutario denominado Acuerdo General para las Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de enero de 1998, con vigencia inicial hasta 31 de diciembre del año 2000, y prórroga tácita.

Como todos los buenos acuerdos, éste no satisfizo por completo a ninguna de las partes que lo suscribieron, habiendo tenido que esforzarse los negociadores de una y otra para conseguir la aceptación de sus representados. Pero ha resultado ser factor muy importante de estabilización de las relaciones laborales del sector, porque, además de sustituir a la Ordenanza Laboral, está concebido, en la mayor parte de su articulado, como norma supletoria, que se aplica si el tema de que se trate no está regulado en los convenios colectivos de ámbito inferior, o en ocasiones en los contratos individuales.

4. Pero donde tenemos que incidir no es en el hecho de que el hecho laboral ha estado muy presente en el día a día del sector en los últi-

mos años, sino en el indudable protagonismo que va a seguir teniendo en el futuro; protagonismo que, en gran parte, se debe al conjunto de normas sociolaborales que van a entrar en vigor próximamente y que pueden suponer modificaciones de calado respecto de la situación legislativa actual, sin olvidar la incidencia que tendrá sin duda en nuestro sector la ampliación de la Unión Europea con sus diez nuevos socios, lo que, frente los teóricos beneficios de un mercado interior más amplio, supondrá cambios en los flujos comerciales de España con los países de la ampliación, deslocalización de algunas de nuestras actividades y desviación de inversiones hacia dichos países, con costes de producción menores que los nuestros y similares estructuras productivas.

No es mi propósito caer en la tentación de ser excesivamente alarmista, pero son muchos los que opinan que la introducción de las modificaciones normativas –legales o pactadas– que afectan al ámbito social de la empresa de transporte, algunas de las cuales serán analizadas a continuación, va a conllevar una transformación en la organización de la empresa transportista, y un proceso natural de adaptación que podría tener consecuencias negativas en cuanto a la dimensión de nuestras empresas, en contra del objetivo señalado en el tan nombrado Plan Estratégico del Sector (PETRA).

Son muchas las cuestiones que podrían ser analizadas, puesto que son muchos y muy variados los factores que inciden, e incidirán de una u otra forma, en un futuro próximo, en la realidad socio-laboral de nuestras empresas. Temas como:

- La escasez de conductores profesionales y los problemas para contratación de conductores de terceros países, así como el hecho de que los titulares de permisos de conducción expedidos en cualquiera de los diez nuevos Estados miembros de la Unión Europea, están autorizados para conducir en territorio español.

- La jornada de trabajo de los conductores, y la situación en la que quedará a la vista de la normativa europea aprobada y la española en proyecto, que la afectarán de forma importante.

- La incidencia socio-laboral que la implantación en España del carné de conducir por puntos puede suponer, porque si el conductor que se queda sin carné es autónomo pierde su medio de vida, y si se trata de un conductor asalariado incurre en causa de ineptitud para su trabajo.

- La iniciativa de regular el Estatuto del Trabajador Autónomo, que en lo que a efectos de este análisis importa, pretende conceder a determinados trabajadores autónomos que muestren un grado de dependencia elevado frente a sus clientes, garantías y derechos que hasta la fecha se reservan exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena o asalariados.

Todos estos temas y algún otro que cabría apuntar, como los relacionados con la seguridad laboral y la siniestralidad en el sector, los posi-

bles efectos de la puesta en marcha del tacógrafo digital, la Directiva de cualificación inicial y formación continua de los conductores, la cuestión relativa a la anticipación de la edad de jubilación sin merma de derechos o al reconocimiento de enfermedades profesionales, configuran un complejo entramado que va a afectar a corto plazo, de una u otra manera, a las relaciones laborales de las empresas de transporte de mercancías por carretera. Pero como resultaría casi imposible analizar todos estos asuntos dados los límites impuestos a este trabajo hemos optado por centrarlo, en dos materias o grupo de materias de indudable interés y cardinal importancia: de un lado, todo lo relativo a la jornada de trabajo de los conductores del transporte; y, de otro, la negociación colectiva sectorial.

A) La regulación de la jornada de trabajo del conductor

La famosa Directiva 2002/15/CE, pendiente de trasposición a nuestro derecho positivo, y el proyecto de modificación del Reglamento 3820/85 son dos de las cuestiones que afectan de modo directo a la jornada de trabajo del conductor, por lo que vamos a dedicarles sucintamente la atención debida.

1. Directiva 2002/15/CE sobre la ordenación del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles

Como antecedentes de esta Directiva conviene recordar que el 23 de noviembre de 1993 se aprobó la Directiva 93/104/CE del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, la cual estableció disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, regulando diversos aspectos de la prestación laboral.

Dicha Directiva dejó fuera de su ámbito de aplicación algunos sectores de actividad, entre ellos el transporte por carretera, hasta que fue modificada por la Directiva 2000/34/CE, de 22 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, precisamente para incluir los sectores y las actividades anteriormente excluidos, si bien estableció, en lo que aquí interesa, que las disposiciones relativas al descanso diario, al descanso semanal, a las pausas, y al trabajo nocturno no serían de aplicación a los trabajadores móviles, entendiéndose por tales, a los “empleados como miembros del personal de transporte de una empresa que realice servicios de transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior”.

Finalmente se aprobó la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, cuya única finalidad fue la de “codificar” la normativa existente en esta materia.

Los distintos sectores excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva general de ordenación del tiempo de trabajo comenzaron las negociaciones tendentes a lograr un acuerdo por el que se regulase la jor-

nada de trabajo de sus trabajadores, teniendo éxito en el sector del mar, lo que dio lugar posteriormente a la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, y, alcanzándose más recientemente, el 27 de enero de 2004, un acuerdo sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza, recogido en la Directiva 2005/47/CE, de 18 de julio de 2005.

En lo que respecta al transporte por carretera, no fue posible llegar a un acuerdo pese a las duras y prolongadas negociaciones que tuvieron lugar en el ámbito comunitario, por lo que se puso en marcha el lento y laborioso mecanismo europeo de producción legislativa, que aprobó finalmente la citada Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles del transporte por carretera, que fue publicada en el D.O.C.E. de 23 de marzo de 2002, que concedió a los Estados miembros plazo hasta el 23 de marzo de 2005 para que adoptasen las disposiciones legales necesarias para adecuar sus ordenamientos jurídicos al contenido de la misma, o bien, para garantizar que los interlocutores sociales hubieran establecido las medidas necesarias mediante acuerdo.

A día de hoy, España, como algunos otros países de la Unión Europea, no ha traspuesto todavía la Directiva. Parte del sector considera que nuestra legislación actual es respetuosa con el contenido de la Directiva, por lo que –en su opinión, no compartida por el que suscribe– no sería necesario trasposición alguna. Lo cierto es que para una norma que alcanza a duras penas la quincena de artículos, son muchas las cuestiones que crean incertidumbre, de las que destacaremos exclusivamente las que, a nuestro modo de ver, resultan más importantes. Veamos:

a) Lo que más inquieta al sector es sin duda la definición que la Directiva ofrece acerca del tiempo de trabajo y su –entre comillas– complemento, el tiempo de disponibilidad, que resulta distinto al tiempo de presencia regulado en nuestra legislación interna actual, que no aparece contemplado en esta norma comunitaria.

En concreto, de una interpretación excesivamente literal de la norma podría deducirse que el tiempo de trabajo de la Directiva incluye actividades y situaciones que no reciben tal consideración en nuestra normativa actual, estableciéndose diferente regulación si se trata de trabajadores por cuenta ajena o de conductores autónomos; además, parece que será determinante para la consideración de determinados tiempos como de trabajo la inexistencia de un preaviso al trabajador sobre la realización de los mismos.

No existiendo en esta regulación comunitaria los tiempos de presencia, que no computan a efectos de jornada de trabajo, el resultado práctico de esa interpretación literalista podría ser una real e importante reducción de la jornada de trabajo efectivo y, naturalmente, de los tiempos dedicados a la conducción. Y esta posibilidad, aparte de encarecer el precio

del transporte, no le va a gustar nada ni al empresario ni al conductor, ya que, ganando por cada viaje más o menos lo mismo que hoy, tardará muchos más días en hacer el viaje, lo que aumentará el desarraigo familiar y les hará pasar inactivos días y días en lugares extraños, aburridos, probablemente deprimidos, gastando lo que ni pensaban, ni debían, ni querían gastar. ¿Dónde está el beneficio de estas disposiciones? El conductor quiere trabajar y ganar dinero; permítasele que lo haga, empleando para ello el tiempo necesario que sea compatible con la preservación de su salud y con la seguridad vial, y dénselo en su pueblo, en su casa, con su familia, que es donde los valora y disfruta, los descansos correspondientes.

b) Otra cuestión muy controvertida es la referente al ámbito de aplicación de la Directiva, en el que no se incluye a los conductores autónomos, respecto de los cuales se establece que les será de aplicación a partir de 23 de marzo de 2009, mientras que se dispone que el 23 de marzo de 2007 la Comisión presentará un informe al Parlamento y al Consejo en el que se analizarán los efectos de la exclusión de los autónomos durante todo ese tiempo, sobre cuya base se optará por definir las modalidades de inclusión de determinados conductores autónomos que no realizan actividades en otros Estados miembros, o por no incluir a los conductores autónomos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Al margen de lo anterior, parece absolutamente razonable la generalizada opinión de que con la exclusión de los autónomos, sea temporalmente o de forma definitiva, se están vulnerando los tres objetivos establecidos en el artículo 1 de la norma: la mejora de la protección de la seguridad y salud de las personas que realicen actividades móviles de transporte por carretera; la mejora de la seguridad vial; y la aproximación de las condiciones de competencia.

Resulta conocido que el Gobierno español interpuso un recurso de anulación contra la Directiva, si bien, principalmente, por el hecho de que abría la posibilidad de que los autónomos quedasen incluidos en su ámbito de aplicación, es decir, exactamente por lo contrario de lo que opina el sector, pero el 9 de septiembre de 2004 se dictó Sentencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), que desestimó en su integridad los recursos de anulación interpuestos por el Reino de España y por la República de Finlandia, quedando en consecuencia confirmado íntegramente el texto de la citada Directiva tal como se publicó el 23 de marzo de 2002; y parece ser lo más probable que los trabajadores autónomos queden incluidos en su ámbito de aplicación a partir de 2009.

Y esto nos lleva de la mano a considerar un problema añadido, ¿qué entiende la Directiva por conductor autónomo? Pues lo cierto es que la definición que ofrece difiere bastante de lo que es un trabajador autónomo en la normativa española actual. Sin ánimo de profundizar en este tema, lo cierto es que se plantean algunas incógnitas: ¿qué va a hacer el Gobierno español? ¿cambiará a raíz de esto la definición de transportista autónomo prevista en el Estatuto de los Trabajadores? O en cambio, ¿dejará dicha definición tal como está –que en nuestra opinión sería lo más oportuno a

la vista de la seguridad jurídica que su implantación ha proporcionado a unos y otros- pero aún así hará que aquellos que no se identifiquen con la definición de la Directiva se les exija el cumplimiento de sus preceptos? Además, esta última solución sería la más adecuada teniendo en cuenta que la propia Directiva no excluye la posibilidad de que haya otros conductores autónomos no incluidos inicialmente en su ámbito de aplicación.

c) En tercer lugar hemos de referirnos necesariamente a la jornada máxima de trabajo que establece la Directiva: la duración máxima del tiempo de trabajo semanal podrá llegar, según la Directiva, hasta 60 horas, si la duración media calculada sobre un período de cuatro meses no excede de 48. Es decir, 48 horas semanales de promedio en cómputo cuatrimestral, aunque dicho período de referencia podrá ser aumentado a seis meses por los Estados miembros. Podría pensarse que la Directiva ha establecido una jornada de trabajo superior a la que se dispone en el derecho español (40 horas semanales), pero tenemos que tener presente que el artículo 10 de la Directiva establece literalmente que "...la aplicación de la presente Directiva no constituirá una razón válida para reducir el nivel general de protección de los trabajadores...". En otras palabras, nuestra jornada máxima de trabajo de 40 horas semanales nunca va a experimentar una elevación por aplicación de esta Directiva; sin embargo, la legislación española sí que tendrá que modificarse en todo aquello en que el contenido de la Directiva sea más favorable, al menos en plano teórico, a los trabajadores.

d) Otro aspecto que general lógica preocupación es el referente a la obligación que la Directiva impone a las empresas de registrar el tiempo de trabajo de los conductores, y de conservar como mínimo durante dos años dichos registros, facilitando a los trabajadores que lo soliciten una copia del registro de los mismos. Al margen de la carga burocrática que esa obligación supone para las empresas, y haciendo abstracción del tiempo de conducción, ¿de quién van a obtener la información de las horas que ha trabajado el conductor?, ¿del interesado quizá?; ¿Y cómo puede saber el empresario que es cierto lo que declara el conductor? ¿Tendremos que admitir necesariamente lo que diga el conductor y registrar de ese modo esa información para tenerla a disposición de la autoridad laboral? Y si hay discrepancia entre lo que mantiene el trabajador y lo que dice el empresario, ¿qué información es la que debe registrarse?

Simplemente son unas preguntas que están en el pensamiento de todos y a las que no pretendo ahora dar respuesta; sólo decir que esta exigencia legal va a ocasionar multitud de problemas con los conductores y sus representantes y, por supuesto, infinidad de cuestiones litigiosas por actuaciones de la Autoridad laboral.

e) Puede afirmarse que los trabajos de trasposición de la Directiva comenzaron en España hace aproximadamente un año, en septiembre de 2004, cuando la Dirección General de Trabajo empezó a mantener unos primeros contactos con las organizaciones empresariales y sindicales del sector. Dichos contactos se fueron prolongando, y en enero del presente año la Administración entregó a los interlocutores sociales un "Documento

de reflexión” sobre el contenido de la Directiva y el proceso adecuado para trasponer su contenido a nuestro ordenamiento jurídico. Este documento, en cuya elaboración colaboró activamente la Dirección General de Transportes por Carretera del Ministerio de Fomento, puede calificarse de bastante razonable, llegando a afirmar que “la modificación de la regulación de los tiempos de trabajo efectivo y de presencia (siendo obligada por la necesidad de trasponer la Directiva) debe ser extremadamente cuidadosa, a fin de alcanzar un nuevo punto de equilibrio que permita a las empresas garantizar su competitividad y que conduzca, al mismo tiempo, a una mejora de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores”.

Con posterioridad a la entrega del citado documento, la Administración animó a los interlocutores sociales a trabajar para lograr un acuerdo sobre la forma de trasponer el contenido de la Directiva, iniciativa que fue recibida con ilusión por las organizaciones empresariales. Creado a la sombra de CEOE un Grupo de Trabajo integrado por cinco Letrados en representación del transporte por carretera, tanto de mercancías como de viajeros, se iniciaron enseguida conversaciones con las dos centrales sindicales más representativas, que fracasaron al segundo intento, pues en las mismas se pretendieron introducir materias ajenas a la Directiva (propias de la negociación colectiva), lo que impidió la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre lo que era su objeto. En la tercera reunión los representantes sindicales manifestaron su deseo de dar por finalizadas las conversaciones.

¿Dónde nos encontramos ahora? Pues estamos a la espera de que la Administración entregue al sector, según lo anunciado, un borrador de trasposición de la Directiva que, previsiblemente, presentará ya la forma de texto articulado y que, previsiblemente también, no se hará esperar mucho más tiempo.

2. El proceso de modificación del Reglamento 3820/85, regulador de los tiempos de conducción y descansos.

El 31 de diciembre de 1985 se publicó en el D.O.C.E. el famoso Reglamento (CEE) 3820/85, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, que recoge los tiempos máximos de conducción y sus pausas, así como los descansos mínimos en la actividad de conducción.

No nos vamos a detener demasiado en este tema, entre otras razones porque todavía no disponemos de un texto definitivo de la reforma, pero lo primero que tenemos que decir al hablar de la modificación del Reglamento 3820/85 es que el sector del transporte la considera absolutamente innecesaria e inadecuada; no hay que modificar el Reglamento, sino hacer que se cumpla. Es una buena norma, que favorece la seguridad en la carretera y la competencia entre las empresas. Además, con la entrada en escena del tacógrafo digital, se garantiza la posibilidad de controlar el estricto cumplimiento de esta normativa.

De todas formas, es cierto que a lo largo del dilatado proceso que está siguiendo la reforma del Reglamento, hemos contado con borradores mucho más perjudiciales para los intereses de las empresas del sector que el último texto. Sin embargo, cuestiones como el establecimiento de un tiempo máximo de conducción semanal de 56 horas, en vez de considerar exclusivamente el bisemanal de 90 horas, la limitación a dos períodos del fraccionamiento del descanso diario, o la modificación de los descansos semanales, que hace que de cada dos, uno tiene que ser de 45 horas, me llevan a afirmar que el último borrador produciría igualmente un “encorsetamiento” del sector, una restricción a la flexibilidad de las empresas, y una pérdida de libertad del conductor para controlar sus horas en función de los diferentes factores que afectan al ejercicio de su actividad, tales como el tráfico, el estado de las carreteras, la climatología, etc.

En otro orden de cosas, lo que creo es significativo, debo llamar la atención sobre el hecho de que cuando el proyecto de modificación del Reglamento 3820 establece el tiempo de conducción semanal, lo hace advirtiendo que en ningún caso se podrá superar la duración máxima del tiempo de trabajo establecido en la Directiva que antes hemos comentado. O sea, que entre el tiempo de conducción, el tiempo dedicado a otros trabajos y el tiempo de espera sin preavisar regulado en la Directiva, no se podrá exceder de los límites máximos de trabajo previstos en ésta.

Es conocido que el artículo 10 del Reglamento 3820/85 establece la prohibición de remunerar a los conductores asalariados en función de los kilómetros recorridos o del volumen de las mercancías transportadas, pero lo hace siempre que dicha remuneración comprometa la seguridad en carretera. Pues bien, en los últimos borradores que hemos manejado se suprime el inciso final del citado artículo, por lo que, de mantenerse esta supresión, se convertiría en contraria a la ley cualquier fórmula de retribución variable de los conductores establecida en función de los citados parámetros.

B) La negociación colectiva sectorial en la actualidad

En un segundo bloque de temas, vamos a analizar, muy brevemente por razones de espacio, la situación de la negociación colectiva de ámbito nacional en el sector de transporte de mercancías por carretera, y las vicisitudes que, en nuestra opinión, le acompañaran en un futuro próximo. Nos referimos, a la negociación del II Acuerdo General para las Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera, a las principales dificultades que hemos encontrado en su negociación, y a los deseos y esperanzas que la parte empresarial de la mesa negociadora tiene puestos en su desarrollo.

Para enfocar correctamente el análisis de la situación actual de la negociación del que será el II Acuerdo General conviene recordar que:

1. Desde los comienzos de la concertación social en España, el modelo de negociación colectiva en nuestro sector se basa fundamentalmente en el convenio de ámbito provincial, que es donde se fijan las con-

diciones económicas y de todo tipo por las que se rigen la gran mayoría de nuestras empresas.

2. El I Acuerdo General, de 20 de octubre de 1997, se adoptó –tal como se dice en su artículo 1—“para sustitución, por lo que se refiere a las Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera, de la Ordenanza Laboral aprobada por Orden Ministerial de 20 de marzo de 1971”. Esta, y no otra, fue la razón de ser y finalidad de nuestro Acuerdo General y, como tal, ha cumplido bien su papel a lo largo de estos casi cinco años, sirviendo además de para cubrir los posibles vacíos derivados de la desaparición de la Ordenanza, como punto de referencia para las negociaciones de ámbito inferior, y como norma supletoria en caso de inexistencia de pacto en los distintos convenios colectivos sectoriales o de empresa, respetando siempre la voluntad de los negociadores de dichos ámbitos.

3. Dada la naturaleza que se otorgó al Acuerdo General, que constituye un marco general regulador de las relaciones laborales de nuestro sector, resultaba imprescindible que gozase de una vocación de permanencia y estabilidad normativa a lo largo del tiempo; prueba de ello es, sin duda, el acuerdo alcanzado respecto a su vigencia, que hace que continúe “rigiendo en su totalidad hasta que sea sustituido por otro Acuerdo General”.

La negociación del II Acuerdo General del sector, que comenzó a finales de 2000, ha pasado por muchas incidencias, y ya en las primeras reuniones, se pudo comprobar la existencia de algunos obstáculos importantes en la negociación, que han motivado incluso la suspensión temporal de la negociación durante muchos meses, y la ralentización –sin duda excesiva y lamentable- de todo el proceso negociador.

De entre los principales obstáculos que la parte empresarial ha encontrado en la negociación, podemos destacar los siguientes:

a) La pretensión de convertir el Acuerdo General en un convenio colectivo de ámbito nacional que regule todos los aspectos de las relaciones laborales, incluido el económico, en claro menoscabo de los convenios provinciales, sin que podamos tener ninguna garantía de que no va a haber posteriores negociaciones sobre las mismas materias, especialmente económicas y de jornada, en el ámbito inferior.

b) La exigencia de regular la jornada de trabajo de los conductores, antes de que se proceda a trasponer a nuestro derecho la Directiva 2002/15/CE.

c) El planteamiento de volver a los premios de antigüedad de la extinguida Ordenanza Laboral (hasta el 60 por 100 del salario base), o suprimir la previsión que en esta materia se contiene en el Acuerdo General (hasta el 20 por 100 del salario base).

d) La liberación de varios trabajadores por cada sindicato a nivel nacional.

En otro orden de cosas, y al margen del Acuerdo General, la negociación colectiva sectorial no puede cerrar los ojos a la realidad del mer-

cado, en el que las actividades logísticas han adquirido un gran protagonismo; prueba de ello es que en la negociación de algunos convenios provinciales de nuestro sector han surgido ya problemas en torno a la inclusión o no de las actividades logísticas (con lo complicado que puede resultar definir las) en sus ámbitos de aplicación.

En algunos convenios se ha optado, lo que parece ser una correcta solución, por incluir en su texto, cuando los interlocutores sociales lo han estimado oportuno, las particularidades que presentan estas actividades, otorgándoles una regulación diferenciada de la general. De cara al futuro cabe pensar que todo dependerá de si lo que se ha dado en llamar logística (con las dificultades que plantea su determinación) sigue encajada o no en la regulación del transporte de mercancías y sus actividades auxiliares y complementarias.

C) La iniciativa de regular un Estatuto del Trabajador Autónomo

Cuando estaba en la oposición, el Grupo Socialista del Congreso ya presentó una iniciativa legislativa para la elaboración del Estatuto del Trabajador Autónomo, con el que se pretende conceder a los trabajadores autónomos derechos que en la actualidad están reservados para los asalariados. Dicha iniciativa no prosperó y este proyecto formó parte de su programa electoral para las pasadas elecciones. Ganadas éstas, el Gobierno creó a finales de 2004 un Grupo de Trabajo que está estudiando la viabilidad y conveniencia del proyecto, y que debía haber presentado sus conclusiones antes de pasado verano, sin que podamos confirmar si así lo ha hecho.

No hemos tenido acceso a ningún documento del citado grupo de trabajo, pero sí al proyecto de Estatuto elaborado por UPTA, la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos, integrada en la UGT, pero a la vista de este texto nos parece obligado alertar a quienes nos lean sobre las posibles consecuencias que tendría su aprobación, que no son otras que, en mayor o menor medida, la vuelta a la laboralización, especialmente por lo que se refiere a los Autónomos Dependientes, dado que pretenden se les confieran el derecho a la negociación colectiva, el derecho a efectuar paros reivindicativos (en condiciones similares a las de la huelga) y el de reunión, el derecho a un tiempo de trabajo y de descanso y unos permisos retribuidos prácticamente idénticos a los del asalariado, a la competencia de la jurisdicción social para dirimir los conflictos que surjan; y respecto de los Dependientes se conceden facultades disciplinarias al empresario, lo que aproxima más todavía al carácter laboral de la relación.

Muchas más cosas de máxima actualidad se podrían decir, sin duda, en relación con la regulación legal y convencional de las relaciones laborales del Transporte de Mercancías por Carretera, pero ya nos hemos excedido de los límites marcados. Sirva en todo caso lo escrito en homenaje al recordado amigo y compañero Francisco Miguel Sánchez Gamborino.

Madrid, Septiembre de 2005.

LAS GARANTÍAS DE PAGO AL TRANSPORTISTA POR CARRETERA, EN EL DERECHO FRANCÉS: «ACCIÓN DIRECTA» Y DERECHO DE RETENCIÓN

por

Isabelle BON-GARCIN

Presidenta de la Comisión Jurídica de IRU

Profesora de la Universidad de Lyon

Directora Científica del Instituto de Derecho

Internacional de los Transportes (IDIT, Rouen)

(Parte 1)

y

Frédéric LETACQ

Encargado de Investigación en el Instituto de Derecho

Internacional de los Transportes (IDIT, Rouen)

Redactor Jefe de la Revista TRANSIDIT

(Parte 2)

Los transportistas franceses, mucho tiempo sin armas para reclamar sus créditos, disponen hoy día de diferentes garantías de pago. No todas sin embargo son nuevas, ni ofrecen las mismas ventajas a sus beneficiarios. El objeto del presente estudio es presentar tales medios, o al menos destacar aquellos que nos parecen más simples o más eficaces.

El transportista dispone así de dos acciones directas permitidas por la Ley de 6 Febrero 1998 –más conocida como «Ley Gayssot», por el nombre del Ministro de Transportes que la hizo aprobar-. La primera acción resulta del art. 12 de la Ley de 31 Diciembre 1975. Inicialmente adoptada para proteger a los sub-contratistas del sector de la construcción, se aplica en lo sucesivo al transporte por carretera. La otra encuentra su fundamento en el art. L.132-8 del Código de Comercio, según el cual «la carta de porte forma un contrato entre el remitente, el transportista y el destinatario o entre el remitente, el destinatario, el comisionista y el transportista. El transportista tiene así una acción directa para pago de sus servicios frente al remitente y frente al destinatario, los cuales son garantes del pago del precio del transporte. Toda cláusula contraria se tendrá por no puesta». Incluso si el transportista puede optar entre las dos vías de la alternativa, parece –teniendo en cuenta las sentencias publicadas- que la elección del transportista se orienta sobre todo en favor de la vía del art. L.132-8 del Código de Comercio. Es cierto que la acción que resulta de la citada Ley de 1975 es más estricta en su puesta en práctica, ya que queda subordinada a la aceptación del transportista sub-contratista por parte de quien encarga el transporte («donneur d'ordre») y al incumplimiento por el transportista principal. Además, la acción directa sólo puede referirse al saldo del precio del cual quien encargó el transporte es aún deudor en el momento de ejercitar dicha acción. Por contra, la acción directa del art. L.132-8 no plantea ninguno de tales requisitos. Deseando proteger al máximo a los transportistas enfrentados a serias dificultades en cuanto al cobro del precio de sus servicios, el legislador ha imaginado este mecanismo. Al así hacerlo, sin embargo, se ha limitado a

proclamar la existencia de dicha acción, sin prever su régimen aplicable. Corresponde, pues, por ahora, a la Jurisprudencia y a la doctrina determinarlo. La originalidad de esta disposición y el pleito en favor de la parte más débil que suscita, justifican ampliamente que le dediquemos la primera parte de esta colaboración.

El transportista se beneficia igualmente de un privilegio legal previsto en el art. L.133-7 del Código de Comercio, y que desde la citada Ley de 6 Febrero 1998 queda ampliada a las operaciones de transporte anteriores. Pero aunque muy amplia en su principio, su puesta en práctica revela una cierta complejidad. Más simple en apariencia, y en consecuencia más utilizado, sin embargo el derecho de retención vinculado a ese privilegio da lugar a divergencias, sobre todo en cuanto a su naturaleza. Nos ha parecido así oportuno dedicar la segunda parte de esta colaboración a este aspecto.

Parte 1. La «Acción directa» para el pago de portes

El art. L.132-8 del Código de Comercio tiene por finalidad, como ya hemos dicho, establecer un derecho al cobro en favor del transportista. Ahora bien, si el legislador ha querido ampliar el círculo de los contratantes integrando al destinatario en el contrato de transporte desde su formación, ello no significa que por ello lo convierta en deudor natural del precio del transporte¹, Contrariamente a la afirmación de ciertos autores que han considerado que la inclusión ab initio del destinatario hace de éste un co-deudor solidario del precio del transporte. Cada una de las partes, como en todo contrato, está vinculada por obligaciones diferentes. En relación precisamente al precio del transporte, éste debe ser pagado desde luego bien por el remitente (porte pagado) bien por el destinatario (porte debido) o por el comisionista. La palabra «así» («ainsi») que parece enlazar los dos apartados del art. L.132-8 no se inscribe en una relación de causalidad; el apartado 2 no es una expansión del enunciado primitivo según el cual la carta de porte forma un contrato entre remitente, destinatario, comisionista y transportista. Se trata de proposiciones normativas independientes, que podrían haber sido objeto de artículos diferentes².

Para ampliar el círculo de pagadores, era necesario acudir a ciertas técnicas. Entre ellas, se puede utilizar la solidaridad pasiva, que permite tener dos deudores obligados de la misma manera, una técnica de garantía que ofrece al acreedor un deudor subsidiario, una acción directa que autoriza al acreedor a actuar contra el deudor de su deudor. De ellas, es la técnica de la garantía y la de la acción directa las que han sido elegidas por el legislador. Y el Tribunal Supremo ("Cour de cassation") se apoya bien en la una bien en la otra para admitir la reclamación de pago contra el remitente o contra el destinatario, sin necesariamente vincular las dos y sin

1 V. J.Vallansan, JCP E, n°37, 14 Septiembre 2000, p. 1419.

2 En este sentido, G-B Mbock, Gazette du Palais, 15 Mayo 2001, p. 693.

darles un significado preciso. Conviene, pues, en primer lugar preguntarse por los fundamentos de esta acción (A) antes de estudiar su régimen tal como, por ahora, el Tribunal Supremo lo ha diseñado (B).

A) Fundamento de la acción

En su conjunto, la doctrina coincide en estigmatizar el uso por el legislador del concepto de «acción directa», como impropio para caracterizar la garantía del transportista; ésta presenta en principio una serie de características, y no puede aplicarse sino en favor de circunstancias particulares. Además, el mecanismo de la acción directa se revela incompatible con la propia definición del contrato de transporte que procede de la institución legal de un contrato único entre varias personas, incluido a priori en un determinado grupo de contratos. Hasta, para ciertos autores, el empleo acumulativo de los conceptos de acción directa y de garantía complica inútilmente el régimen de la acción del transportista³. Por nuestra parte, hemos considerado que el uso de la expresión «acción directa» en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo no corresponde al sentido jurídico que le es tradicionalmente atribuido⁴. Sólo se puede comprender para hacer traslucir la idea de un medio de cobro simplificado. En particular, justifica el hecho de que el acreedor no tiene que poner oficialmente en débito («mettre en demeure») a su deudor, ni tampoco que declarar su crédito en el pasivo de quien encargó el transporte (deudor), sino que la acción directa confiere un derecho propio que beneficia a su titular, lo mismo que el sub-deudor contra quien se reclama no puede invocar ningún medio de defensa. La sola noción de garante no permitiría llegar a tales soluciones, salvo si se considera –como ha sostenido algún autor– que la garantía prevista en el art. L.132-8 del Código de Comercio es una garantía autónoma. Si esta proposición puede parecer a primera vista atractiva, no resiste sin embargo a la definición de garantía autónoma. En efecto, desde que una garantía está expresamente vinculada a la inejecución del contrato básico o tiene por objeto la propia deuda del deudor, ya no es una garantía a primera petición sino una caución⁵. Ahora bien, a la luz del art. L.132-8 del Código de Comercio, la deuda del garante es accesoria a la del deudor principal. Por tanto, el concepto de caución tampoco convence demasiado, y en cualquier caso no permite justificar la conservación de la acción del transportista contra el remitente y el destinatario pese a la ausencia de declaración de su crédito en el procedimiento colectivo de su deudor. De otro lado, ciertos autores, han minorado el alcance de la noción de garante aplicada al remitente y al destinatario, como no adquiriendo un verdadero alcance jurídico, que además es incompatible con el concepto de parte⁶. Por tanto, nos ha parecido necesario, como hemos explicado, someter la acción de pago acumulativamente a los dos mecanismos.

3 B. Petit, JCP. E, n° 26, 24 Junio 2004, p. 973.

4 I. B. Garcin, RJDA 2002, p. 1040.

5 Cass. Civ. 23 Febrero 1999, RJDA 1999, n° 375.

6 B. Petit, JCP.E, 22 Abril 1999, n° 16, p. 712; Ch. Jamim, Rev. trim. dr. civ. 1998, p. 503.

Así, el apartado 2 del art. L. 132-8 aparece como un derecho originario que tiene carácter de garantía legal sui generis adecuada a una acción de cobro simplificada. Este esquema establece así un deudor en virtud del contrato de transporte y un deudor en virtud de la garantía. Solo esta lectura permite comprender las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en cuanto a la puesta en práctica de la acción.

B) El régimen de la acción directa

Si persisten incertidumbres respecto al régimen de la acción (2), ciertos principios parecen actualmente ya adquiridos y son lógicamente deducibles, por algunos, de desarrollos precedentes (1).

1/ Así, el remitente o el destinatario no pueden oponer al transportista que invoca la acción directa el pago ya efectuado al comisionista de transporte incumplidor⁷. El Tribunal Supremo se apoya en su sentencia en la noción de garante, para admitir la regla del doble pago. El término de garantía designa aquí la obligación puesta a cargo del remitente o del destinatario de ejecutar una obligación (pago del precio del transporte) en caso de incumplimiento del deudor principal (el comisionista). La situación sería evidentemente distinta si la existencia misma del crédito del transportista fuera dudosa o su validez discutible, pues los garantes podrían entonces hacer valer estos argumentos para rehusar pagar. Por tanto, la acción directa del transportista no está subordinada a la declaración del crédito en el pasivo de quien encargó el transporte⁸. En esta sentencia, no es la noción de garantía lo que permite justificar la solución elegida. En efecto, la ausencia de declaración conduce, en el sentido del art. L.621-46 del Código de Comercio, a la extinción de la deuda principal y por vía consecuencial, de sus accesorias, concretamente de las cauciones que le están vinculadas. Como hemos dicho, solo el mecanismo de la acción directa puede explicar la posición del Tribunal Supremo.

La tercera certidumbre se refiere al hecho de que el transportista que ejecuta el transporte en calidad de sustituto, ostenta una acción directa de cobro de sus servicios contra el remitente «salvo si éste ha prohibido a su contraparte toda sustitución»⁹. Nos parece, sin embargo, que la prohibición de la subcontratación no puede ser oponible al transportista sustituto más que si figura de manera expresa en la carta de porte que debe serle entregada. En su defecto, nos parece difícil prohibirle acudir a la acción directa, en detrimento de la voluntad del legislador cuyo objetivo reconocido ha sido ofrecer a los transportistas un medio eficaz para obtener el pago.

7 Cass. Com. 4 Febrero 2003, BTL 2003.123 ; Transidit, 41-2004, n° 46.

8 Cass. Com. 17 Diciembre 2003, BTL 2004.11; Transidit , op. cit. n° 47.

9 Cass. Com. 28 Enero 2004, BTL 2004.103; JCP E 2004, p. 722, nota P. Delebecque, Dalloz 2004. 944, nota J.P Tosi, Transidit op. cit. n° 50.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la admisibilidad de la acción directa en beneficio de un comisionista de transportes¹⁰. Para admitirla, se ha basado en un mecanismo clásico del Derecho de las obligaciones según el cual el comisionista que ha pagado a los transportistas encargados de efectuar el desplazamiento se subroga¹¹ en lugar de los mismos para reclamar a su vez el pago al destinatario en caso de incumplimiento de quien encargó el transporte. También se beneficia de la acción directa del transportista de quien se subroga. Sin embargo, como mediante la subrogación el pago no transfiere legalmente el crédito más que hasta el importe de la cantidad pagada, el comisionista subrogado no podrá en base a la acción directa reclamar también su parte del precio, es decir, el montante de su propia comisión.

También se plantea la cuestión de la eventual aplicabilidad del art. L.132-8 al transporte internacional. En efecto, si la Convención CMR otorga al transportista impagado un derecho de retención sobre la mercancía (art. 13,2), sin embargo no prevé la acción de cobro contra el remitente o contra el destinatario. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 Marzo 2004¹² establece dos principios. En primer lugar confirma la aplicabilidad de la acción directa del art. L.132-8 del Código de Comercio cuando la ley nacional es ella misma aplicable. Si tal es el caso, a continuación descarta las reglas de prescripción fijadas por el Código de Comercio en provecho de las establecidas por la Convención CMR.

2/ No obstante las certidumbres enunciadas anteriormente, las dudas siguen siendo numerosas. En primer lugar, hay que preguntarse si el art. L.132-8 puede ser invocado por un transportista ferroviario, fluvial o aéreo, en la medida en que los preceptos del Código de Comercio tienen una vocación de Derecho común. También, en cuanto a los beneficiarios de la acción directa, en el transporte internacional se plantea su admisibilidad en provecho de un transportista extranjero.

Por otra parte, la identificación de las personas contra las cuales puede ser formulada la acción directa no está siempre clara. En particular, porque con mucha frecuencia se trata de plataformas que remiten y reciben las mercancías, o más simplemente porque la carta de porte es inexistente o incompleta. Sobre ello se han pronunciado dos teorías contrapuestas: la de la apariencia, según la cual sólo las menciones que figuran sobre la carta de porte pueden ser tenidas en cuenta, y la que aboga por buscar al remitente y al destinatario reales. En función de este enfoque, las plataformas pueden ser según los casos consideradas como simples intermediarios. En fin, cabe preguntarse si el transportista que deja acumular su deuda en beneficio del comisionista incurrir en culpa susceptible de privarle de la acción directa de cobro. Por ahora, los Jueces condenan al transportista negligente en la percepción de su crédito al

10 Cass. Com. 2 Junio 2004, BTL 2004.427, Dalloz 2004.2492, nota I. Bon-Garcin, *Transidit*, op. cit. n° 43.

11 Artículo 1251-3 del Código Civil.

12 2004.246; RJD 8-9/04, n° 977; *Transidit*, op. cit. n° 42.

pago de los perjuicios en beneficio del remitente o del destinatario. Hay, por tanto, una compensación entre el crédito emanado de la acción directa y el representado por los perjuicios a pagar por el transportista.

Parte 2. El derecho de retención del transportista

Desde 1998 el transportista francés se beneficia de un privilegio especial que recae sobre las mercancías transportadas, cercano al que el Derecho francés ya reconoce al comisionista de transporte. Este privilegio se encuentra enunciado en los términos siguientes: «El transportista ostenta un privilegio sobre el valor de las mercancías que son objeto de su obligación y sobre los documentos relacionados con las mismas, para el cobro de todos los créditos del transporte, incluso de los nacidos de operaciones anteriores, en las cuales quien encargó el transporte («donneur d'ordre»), el remitente o el destinatario siguen siendo deudores respecto a él, en la medida en que el propietario de las mercancías sobre las cuales ejerza este privilegio esté implicado en dichas operaciones. Los créditos del transporte cubiertos por el privilegio son el precio del transporte propiamente dicho, los complementos de remuneración debidos a título de prestaciones anexas y de paralización del vehículo a la carga o a la descarga, los gastos incurridos en interés de la mercancía, los suplidos de aduana (derechos, tasas, gastos y multas) vinculados a una operación de transporte y los intereses» (art L. 133-7 del Código de Comercio).

El privilegio del transportista le confiere dos prerrogativas: la de tener preferencia para hacerse pagar con el precio de venta de las mercancías, y la de retener dichas mercancías hasta el completo pago de su crédito. La facultad de retención es naturalmente la más sencilla y rápida de ejercer, y ello a veces en medios profesionales ha dado tendencia a no ver más que eso y a hablar simplemente de «derecho de retención». Esta terminología no es sin embargo feliz porque puede ocultar los efectos del privilegio, y especialmente el derecho de ser pagado con el precio de venta. Sea como fuere, y cediendo a la práctica profesional, limitaremos nuestro propósito al ejercicio del derecho de retención, presentando en primer lugar sus características y después sus límites.

A) Características del derecho de retención

1/ Una prerrogativa vinculada al privilegio

En vez de hacer vender la mercancía o de atribuírsela, el transportista puede perfectamente preferir ejercer su derecho de retención. Este le permite, en tanto que no reciba el pago, rehusar la entrega de la mercancía que detenta. Es el medio más eficaz para obtener el pago de su crédito, incluso si no se trata –como en su momento destacó¹³ Rodière, más que de una vía pasiva y siendo que sólo el ejercicio del privilegio permite entrar en posición activa al hacerse pagar con preferencia.

13 R. Rodière, *Droit des transports*, Sirey, 2e éd., 1977, n°704.

Este derecho de retención no está definido por la ley ni por la jurisprudencia. De hecho, si no se sabe exactamente qué es, sí en cambio se sabe, en parte, qué no es. En efecto, el Tribunal Supremo, en sucesivas sentencias, ha declarado que el derecho de retención no es una garantía («sûreté») y que no es asimilable a la prenda («gage»)¹⁴. Constituye en cualquier caso, un medio coercitivo discrecional e indivisible para obligar al deudor, el cual tendrá todo interés –si quiere desbloquear la mercancía retenida– a satisfacer lo más rápidamente posible al transportista. Es discrecional, pues si se cumplen las condiciones, no se puede reprochar al acreedor que lo ejerza, salvo que se demuestre un abuso (vid infra), y es indivisible porque la mercancía garantiza la totalidad de la deuda y el acreedor puede rehusar desistir del mismo en caso de pago parcial¹⁵.

Pero la característica más original del derecho de retención del transportista (como del que ostenta el comisionista) es su vinculación al privilegio. El derecho de retención del transportista debe entenderse como una de las prerrogativas vinculadas a su privilegio, al mismo nivel que las otras prerrogativas, que son el derecho preferente sobre la mercancía y el derecho a hacérsela atribuir. Por tanto, no se confunde con el derecho de retención del Derecho común, que puede existir en estado puro y que se reconoce a todo acreedor que detenta una cosa perteneciente a su deudor ostentando un crédito conexo a dicha detentación. A propósito del comisionista pero también aplicable al transportista, el Tribunal Supremo lo ha expresado en diversas ocasiones, al afirmar que «si todo acreedor impagado, para invocar útilmente el derecho de retención propiamente dicho sobre los objetos de su deudor que detente, debe establecer la existencia de un vínculo entre su crédito y el objeto retenido, sin embargo el comisionista de buena fe se encuentra investido de pleno derecho, en virtud del art. 95 (hoy, art. L. 132-2) del Código de Comercio, de un privilegio que le confiere un derecho real de prenda...»¹⁶. El Tribunal distingue aquí la existencia de dos derechos de retención: el del Derecho común, autónomo e independiente, y el derecho de retención conferido al comisionista por el privilegio del art. L 132-2 del Código de Comercio. Lo mismo es aplicable al derecho de retención que ostenta el transportista pues desde la reforma de 1998 los dos artículos del Código de Comercio (L. 132-2 y L. 133-7) han quedado redactados en términos similares.

La distinción se comprende más, puesto que el derecho de retención tanto del comisionista como del transportista, pueden ejercerse no sólo sobre bienes que no pertenecen al deudor sino también sobre bienes sin relación al contrato de que deriva el crédito, es decir, a créditos nacidos anteriormente. Ahora bien, lo que ha sido expresamente admitido para

14 Cass. Com. 20 Mayo 1997, Bull. civ. IV n°141, D. 1998 som. 102 obs. Piedelièvre, RTD civ. 1997.707 obs. Crocq, JCP 1998.I.103 obs. Delebecque ; Cass. Com. Junio 1998, Bull. civ. IV n°181, D. 1999 som. 300 obs. Piedelièvre.

15 En este sentido: P. Ancel, Droit des sûretés, Litec, 1998, p. 90.

16 Cass. Com. 19 Junio 1978, Bull. civ. IV n° 171, Gaz. Pal. 1978.2 som. 377, BT 1978.406. Se destaca aquí la evolución de la Jurisprudencia, que, posteriormente ha separado del derecho de retención de la noción de prenda.

los auxiliares de transporte, ha sido siempre denegado al detentor ordinario de una cosa que ejerce su derecho de retención autónomo¹⁷.

Pese a que, en su Sentencia de 19 Junio 1978, el Tribunal Supremo ha asimilado el derecho de retención al privilegio, ciertos juristas han siempre sostenido que los dos son totalmente independientes entre sí, y que el derecho de retención no debe ser asociado al privilegio¹⁸. El alto Tribunal parece, pues, quitarles la razón cuando veintidós años después ha reafirmado, sin ambigüedad posible, que los dos están vinculados al declarar que el derecho de retención del comisionista es «la consecuencia» de su privilegio y que la pérdida de éste último por la inscripción, a título simplemente ordinario y no privilegiado, en el pasivo del procedimiento colectivo –concursal– del deudor impide el ejercicio del derecho de retención¹⁹. El derecho de retención y el privilegio del comisionista (o del transportista) son, pues, inseparables, y en caso de pérdida del segundo, el primero no le sobrevive. Eso claramente no sucede al derecho de retención autónomo, como el clásico del taller de reparación sobre el vehículo que se le ha entregado para ser reparado, cuyo derecho puede ser ejercido incluso en caso de subsanación o de liquidación judicial del deudor²⁰.

2/ Un derecho amplio

Mientras que anteriormente el transportista sólo podría usar su privilegio y retener una mercancía en garantía del pago de los portes referidos a la propia operación de transporte en curso de ejecución, hoy en día no importa si el crédito es nacido de una operación anterior. Desde 1998, el transportista puede retener una mercancía en garantía del pago de facturas correspondientes a operaciones anteriores, a condición claro está, por una parte, de que el crédito sea cierto, líquido y exigible, y de otro lado, de que actúe dentro del plazo de prescripción anual aplicable al contrato de transporte.

Además, en cuanto a si el derecho de retención del transportista produce efectos frente al propio deudor, se ha dicho que es indivisible y discrecional, pero es sobre todo respecto a terceros cuando sus efectos son más interesantes. El derecho de retención es oponible a todos: no sola-

17 Cass. Com. 25 Junio 1964, Bull. civ. I n°145 ; Cass. Com. 29 Enero 1974, Dalloz 1974.245.

18 M. Tilche, nota a la Sentencia Cass. Com. 8 Junio 1999, BTL 1999.461 ; «Privilège : à consommer avec modération», BTL 1998.275 ; J. François, «L'exercice du privilège et du droit de rétention du commissionnaire de transport sur des marchandises n'appartenant pas au débiteur», RJ com. 1995.129.

19 Cass. Com. 8 Junio 1999, Bull. civ. IV n°125, JCP 1999.II.10121 comentario Rémy, Dalloz 2000 cahier dr. Aff. som. 297 obs. B. Mercadal et F. Letacq, JCP 2000.I.209 obs. Ph. Delebecque ; incluso vinculación para un transportista esa vez, en CA Besançon 8 Marzo 2000, BTL 2000.527 pero solución inversa en cuanto a la regularidad del derecho de retención.

20 Cass. Com. 20 Mayo 1997, Bull. civ. IV n° 141, D. 1998 som. 102 obs. Piedelièvre, RTD civ. 1997.707 obs. Crocq, JCP 1998.I.103 obs. Delebecque.

mente al deudor sino también a los demás acreedores. Así, ha sido judicialmente declarado (para el comisionista, pero aplicable al transportista) que el derecho de retención puede ser oponible al vendedor, él mismo impagado, que reivindicaba la mercancía²¹, incluso a sabiendas de que este último no había sido pagado²², o al destinatario que justificó ser su propietario en virtud de una compraventa con cláusula «franco fábrica»²³. En cambio, parece que según el Tribunal Supremo, en caso de procedimiento colectivo –concursal– del deudor, el derecho de retención ejercido sobre mercancías entregadas después de la declaración de inicio del procedimiento deja de ser oponible²⁴. Lo mismo sucede en aplicación de la Jurisprudencia explicada anteriormente, si el transportista ha perdido el beneficio de su privilegio por la inscripción de su crédito a título de simple crédito ordinario y no privilegiado²⁵.

Como hemos dicho, el derecho de retención es uno de los medios más eficaces con que el transportista cuenta para obtener el pago de su crédito. Pero también tropieza con ciertos inconvenientes. Además del resultado aleatorio del bloqueo de la mercancía, su puesta en práctica es frágil y temporal. Por otra parte, viene acompañado de gastos de custodia inevitables y el transportista que retiene la mercancía se presume responsable de las pérdidas y de los daños que la mercancía pueda sufrir durante el tiempo en que esté en su poder²⁶. En fin, si el deudor no cede a la presión, el transportista sólo tiene una solución: la de utilizar los otros atributos de su privilegio, es decir, pedir la venta de la mercancía (art. L. 521-3 del Código de Comercio) o la atribución en pago por un órgano judicial (art. 2078 del Código Civil).

Por otra parte, y esta vez es una diferencia con el derecho de retención del comisionista, que no se aplica más que por los créditos que detenta de su cliente (el comitente), el del transportista es más amplio ya que no implica necesariamente que haya identidad de persona entre el deudor del crédito y quien encargó el transporte («donneur d'ordre»). El transportista puede así ejercer su derecho de retención en garantía del pago de su crédito de transporte, tanto frente a quien le encargó el transporte, cualquiera que sea la condición de éste (comisionista de transporte o no) como frente al remitente efectivo si éste no fue quien le encargó el transporte, e incluso frente al destinatario; y todo ello, cualquiera que sea la naturaleza del envío: a porte pagado o a porte debido.

21 Cass. Com. 15 Febrero 1947, BT 1948.403 ; CA Paris 25 Junio 1991, BTL 1991.489.

22 Cass. Com. 8 Julio 1981, Dalloz 1981.JR.541, obs. Mercadal, BT 1981.444.

23 Cass. Com. 19 Junio 1978, Bull. civ. IV n°171, Gaz. Pal. 1978.2 som. 377, BT 1978.406.

24 Cass. Com. 13 Noviembre 2001, BTL 2001.806, JCP 2002.I.120, obs. Ph. Delebecque ; en sentido contrario CA Besançon 8 Marzo 2000, BTL 2000.527.

25 Cass. Com. 8 Junio 1999, citada.

26 CA Paris 10 Abril 1990, BT 1990.724.

A este derecho –que algunos autores no han dudado en calificar de «titánico»²⁷ o «exorbitante»²⁸ –, la ley impone un límite, condicionando el ejercicio del privilegio o del derecho de retención a la implicación del propietario de la mercancía.

B) Límites

1/ Implicación del propietario

El artículo L. 133-7 del Código de Comercio somete el ejercicio del privilegio a una condición previa. El privilegio del transportista no puede actuar más que «en la medida en que el propietario de las mercancías sobre las cuales se ejerce esté implicado en tales operaciones». Esta restricción es, sin embargo, torpe y perjudicial en cuanto que impone una doble gestión: primero, la de averiguar quién es el propietario de las mercancías, y después, la de probar su implicación.

En relación a la primera condición vinculada a la propiedad, tenemos que señalar que al transportista, siendo ajeno al contrato de compraventa y no vinculado por los términos de ésta, ni obligado a comprobar a quién pertenece la mercancía, debería bastar la apariencia de propiedad, incluso si el texto legal parece ir más allá y pedirle una prueba formal de propiedad. Debería, pues, invertirse la prueba y considerarse que el transportista solo pierde su derecho cuando quede formalmente demostrado que, al momento de serle entregadas las mercancías, conocía que no eran propiedad del deudor.

En cuanto a la segunda condición, relativa a la vinculación de dichas operaciones, la fórmula legal también merece unas consideraciones. Lo único que se exige es que el propietario de las mercancías esté implicado en el contrato de transporte, es decir que en el mismo haya «intervenido de una manera u otra»²⁹, sin que por tanto tenga que ser necesariamente parte en él. La expresión «dichas operaciones» puede razonablemente pensarse que se refiere a las operaciones anteriores, y no al solo desplazamiento. Ello impone por consiguiente que el propietario esté también implicado en los desplazamientos precedentes no remunerados. En otros términos, el transportista sólo puede invocar su derecho si el propietario de las mercancías está presente en las dos operaciones: el traslado efectivo y la operación anterior, lo cual supone un cierto flujo de actividad entre el propietario, el transportista y quien le encarga el transporte («donneur d'ordre»).

27 M. Tilche, «Privilège: à consommer avec modération», BTL 1998.275.

28 P. Brunat, «Loi Gayssot, de l'idée mais à refaire dans ses aspects droit privé», folleto de puesta al día Lamy transport tomo 1, n°55 Febrero 1998

29 La interpretación del término « implicado » viene dada por el Tribunal Supremo (« Cour de Cassation ») a propósito de la Ley de 5 Julio 1985, relativa a las víctimas de accidentes de circulación; Cass. Civ. 28 Febrero 1990, Dalloz 1991.123, nota Aubert.

Si, como ya se ha dicho, la exigencia de esta doble prueba es una iniciativa desafortunada, todavía añadiremos que en muchos casos supone incluso un obstáculo al ejercicio del privilegio y del derecho de retención. Pero este no es el único límite: el derecho de retención no puede ejercerse de manera abusiva.

2/ El abuso de derecho

Siendo oponible a todos, el derecho de retención del transportista engendra tanto frente al deudor como frente a todas las demás personas interesadas en la entrega, una situación incómoda, que éstos últimos desearían alejar de sí. Para hacerlo, tendrían que ejercer una acción judicial, por la vía ordinaria o por la vía de urgencia («en référé») si la retención es abusiva.

En defecto de ser la acción ejercida de manera legítima, ha sido declarado judicialmente, para los comisionistas pero este criterio jurisprudencial es aplicable al transportista, que hay abuso del derecho de retención cuando se retienen las mercancías en un momento en que el crédito aún no es exigible. Tal es el caso particularmente cuando hay, durante varios años, concedidos largos plazos de pago a quien encarga el transporte («donneur d'ordre») y súbitamente se invoca la facultad de retención respecto a un crédito nuevo³⁰, o cuando, habiendo aceptado sin reservas letras de cambio para el pago, se pretende ejercer el derecho de retención para su pago inmediato³¹. La jurisprudencia ha atemperado de manera importante este aspecto de la exigibilidad, y así por ejemplo, autoriza al acreedor a hacer valer su derecho de retención en caso de insolvencia del deudor o de serio temor respecto a su capacidad financiera³². Naturalmente, el fundamento de ese «serio temor» queda a la apreciación soberana del Juez que conozca el fondo de la cuestión litigiosa.

De igual manera, hay abuso cuando el acreedor se prevale de su derecho casi simultáneamente al establecimiento de la factura referida a los portes, que hasta ese momento no habían sido reclamados, ni incluso facturados, mientras que su crédito no estaba en riesgo y los objetos retenidos estaban destinados a ser regalo de fin de año, o también cuando se pretende retener mercancías defectuosas cuyo carácter ilícito impide su comercialización.

En cambio, no se podría reprochar a un transportista como abuso de derecho que retenga mercancías de un valor superior, incluso desproporcionado con el importe de su crédito. La jurisprudencia respecto a esta

30 Cass. Com. 28 Junio 1994, BTL 1994.581. A la inversa en otro asunto, la misma Instancia no ha dudado en censurar una Sentencia que, habiendo considerado que hubo vía de hecho, ordenó al comisionista cesar en su derecho de retención por cuanto las cantidades debidas por el cliente entraban en el marco de las facilidades que otorgaba habitualmente, pese a que las condiciones de ejercicio del privilegio se cumplían: Cass. Com. 15 Octubre 1991, Bull. IV n° 287, D. 1991 IR 255.

31 Cass. Com. 8 Julio 1997, Bull. civ. IV n°221, D. 1998 som. 103, obs. Piedelièvre ; Cass. Com. 7 Enero 1992, Bull. IV n°10, JCP 1993.I.3680, obs. Delebecque ; CA Paris 14 Noviembre 2002, BTL 2003.63 y 5 Abril 1995, BTL 1995.859.

cuestión es prácticamente unánime; admite que el derecho de retención no puede quedar limitado según la naturaleza o el valor de la mercancía, y nada obliga a su detentor a desprenderse de los objetos en proporción a los pagos. Una sentencia incluso ha reconocido como válida la actuación de un comisionista que, tras haber recibido de su deudor un cheque, en un primer momento levantó la garantía, y después, dándose cuenta de que dicho deudor aún le debía un saldo de 200000 francos, prosiguió la retención.

Limitado, por una parte, por la teoría del abuso del derecho; y, por otro lado, por unas condiciones de puesta en práctica bastante delicadas, el derecho de retención del transportista, ejercido en el marco de su privilegio, aunque muy amplio en su principio, se revela –tras su estudio– relativamente complejo y de un manejo arriesgado. A ello se añade que la existencia de la acción directa del art. L. 132-8 del Código de Comercio, más simple e igualmente eficaz para obtener el pago del precio del transporte, le hace perder mucho interés, relegándolo a la categoría de garantía de «segundo orden».

Traducido por F. J. Sánchez-Gamborino

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE NACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA EN PORTUGAL: ASUNCIÓN DE LAS REGLAS CMR

por

Dr. José Luís SARAGOÇA

Abogado especialista en

Derecho de los Transportes

Ex-Asesor Jurídico de la Asociación Nacional

de Transportistas de Portugal - ANTRAM

(Lisboa)

1. El viejo régimen del Código Comercial de 1888

El Decreto-Ley nº 239/2003, de 4 de Octubre, al establecer un nuevo régimen jurídico para el contrato de transporte nacional de mercancías por carretera (en adelante nos referiremos a ello sólo como “el contrato”, para abreviar), sustituye al vetusto régimen contenido en los arts. 366 a 393 del Código de Comercio –“Código Comercial”- de 1888.

No harán falta muchas palabras ni complicados razonamientos jurídicos para mostrar el arcaísmo del régimen ahora derogado, y que perduró sin modificación alguna, durante los 115 años de su vigencia.

En efecto, el antiguo régimen fue establecido en una época en que aún no existían camiones y en que los transportes terrestres eran realizados o bien por ferrocarril o por “carretera”, como vía en su sentido literal para “carretas” o carros con tracción animal¹.

La creciente importancia de los transportes por carretera como instrumento fundamental de comercio de bienes registrada especialmente durante las décadas siguientes a la II Guerra Mundial, y el progreso alcanzado tanto en las técnicas de transporte y los vehículos en uso, como en las formas de contratación, imponían sin ninguna duda un nuevo marco legal que permitiese, a un tiempo, constatar las nuevas realidades emergentes desde 1888 y dar respuesta a los problemas jurídicos entre tanto surgidos.

Así, sin propositos exhaustivos, para comprobar el arcaísmo del viejo régimen y su inadecuación a las nuevas realidades técnicas, económicas y jurídicas, bastará referir como ejemplo que, al contrario que la generalidad de las legislaciones nacionales europeas y que la Convención reguladora del contrato de transporte internacional de mercancías por carretera aprobada en Ginebra en 19 Mayo 1956 –en adelante, sólo

¹ El primer camión producido en todo el mundo, de la marca DAIMLER, fue comercializado sólo en 1896, por la DAIMLER MOTOR GESELSCHAFT, a petición de la “British Syndicate Ltd.”, en Londres. Se trataba de un camión con motor de dos cilindros y peso bruto de 1500 kg.

“Convención CMR”, para abreviar-, el régimen legal ahora derogado no establecía un límite máximo de responsabilidad del transportista en caso de pérdida o daños a la mercancía transportada o retraso en su entrega, creando así un riesgo ilimitado para la actividad transportista, incompatible con la normal explotación de las empresas y generando graves dificultades para la contratación de seguros adecuados.

Además, el viejo régimen, también al revés que las legislaciones nacionales europeas y la Convención CMR, no preveía un plazo específico de prescripción del deber de indemnizar por el transportista, con lo cual por vía supletoria se aplicaba el ordinario contemplado en el art. 309 del Código Civil: veinte años.

2. Método legislativo seguido en la construcción del nuevo régimen

Comparando los regímenes jurídicos nacionales que se conocen en la Unión Europea, los métodos legislativos de construcción de nuevos regímenes jurídicos nacionales relativos al contrato de transporte, en el aspecto de la mayor o menor cercanía a la Convención CMR, se reparten dicotómicamente en dos: la armonización de sus propias normas con la Convención CMR, y la uniformidad total en base a la adopción de la CMR como Derecho aplicable al transporte nacional.

En efecto, la Convención CMR, a pesar de sus casi cincuenta años de vigencia, continúa siendo un cuerpo sistematizado de normas que, en lo esencial, viene dando respuesta adecuada a los problemas derivados de los transportes internacionales.

A ello se suma que una numerosa Jurisprudencia de tribunales nacionales y una amplia doctrina de varios países han servido de medio interpretativo de sus normas, haciéndose con ello un instrumento dinámico y prestigioso para todos sus destinatarios, especialmente transportistas, transitarios y aseguradores, Tribunales de justicia en cuanto órganos soberanos aplicadores de la ley, y abogados y juristas, como intérpretes y mediadores en esa aplicación normativa.

La influencia de la Convención CMR en la construcción de nuevos regímenes nacionales del contrato ha sido, por esos motivos, decisiva.

En unos casos, la Convención ha sido tomada como referencia en la construcción de regímenes nacionales, más o menos armonizados con ella: es el que llamamos método de armonización.

En este grupo de sistemas legislativos se encuentran los regímenes nacionales vigentes por ejemplo en España, Francia, Holanda y Alemania.

El otro método legislativo es el de la uniformización de los regímenes nacionales con el de la Convención CMR. En esta hipótesis, el régimen de la Convención es asumido “en bloque” como ley aplicable al transporte nacional, a través de un acto normativo propio y adecuado.

En este grupo de sistemas encontramos a Austria y Bélgica, que a través de leyes nacionales² aplican, en bloque, la CMR como régimen uniforme del contrato de transporte nacional.

El legislador portugués del Decreto-Ley nº 239/2003 de 4 de Octubre optó por el método de la armonización, creando un régimen fuertemente inspirado en la Convención CMR, pero que no la adopta en bloque.

A este respecto, siempre defendimos³ el método de la uniformización, por ofrecer mayores ventajas en cuanto a los principios de seguridad, de simplicidad (o economía) y de síntesis jurídica.

En Portugal, en el dominio del Derecho comercial marítimo, el criterio de adopción en bloque del régimen de una Convención internacional (en este caso, la de Bruselas, relativa a los contratos de transporte internacional de viajeros y de mercancías) fue aplicado, con destacado éxito.

En efecto, tanto el Decreto-Ley nº 352/86, de 21 de Octubre, relativo al contrato de transporte de mercancías por mar, como el Decreto-Ley nº 349/86, de 17 de Octubre, que regula el contrato de transporte de pasajeros por mar, establecen el principio de aplicación, a título principal, de la Convención de Bruselas a los contratos nacionales, y subsidiariamente, la aplicación de las restantes normas contenidas en dichos cuerpos normativos.

El legislador nacional nacional prefirió, sin embargo, no seguir para el contrato de transporte por carretera ese criterio de la uniformización, y el resultado –pese al loable esfuerzo de conseguir un régimen lo más completo posible– no fue, a nuestro juicio, el mejor.

Así, el régimen creado, en unos casos procede a una deficiente y equivocada “transformación” de normas, principios y conceptos de la

2 En Austria, el régimen nacional uniforme con la CMR es objeto de una Ley Federal de 28 Junio 1990, publicada en el Bundesgesetzblatt, que modificó su Código de Comercio.

En Bélgica, la “Loi relative au transport de choses par route”, publicada en 3 Mayo 1999, *Moniteur Belge* de 30 Junio 1999, en su Título VII mandó aplicar la CMR en bloque al transporte nacional de mercancías por carretera.

3 En sentido de la uniformización v.g. Application of the Convention on Contracts for the Carriage of Goods by Road in Portugal, José Luís Saragoça – Road Carrier’s Liability in Europe – part 2 – pag. 99 – Tema presentado em 1994 al Congreso Eurotral 1994, promovido por la Facultad de Derecho, de la Universidad Erasmus de Rotterdam, donde se puede leer: “MAKING THE SYSTEMS UNIFORM – The above conclusion leads us to reflect on the type of system which must be adopted and the best methodology to follow in order to achieve this goal. As far as the type is concerned, the adoption of the CMR, in the legislation on contracts for the inland transport, seems to us to be, without doubt, the best solution”. (en ingles en el original –N. del T.–)

También del mismo autor “L’application de la CMR au contrat de transport national de marchandises par route – Le cas portugais” in Actes des travaux du Colloque du 14 Mai 1998, à la Chambre de Commerce et d’Industrie de Rouen – promovido por el IDIT, Institut du Droit International des Transports – Rouen -, por la IRU y por el Centre de Formation Professionnelle des Avocats (CRFP) de la Cour d’Appel de Rouen – Francia, y también «O contrato de transporte nacional rodoviário de mercadorias – Contributos para a revisão do regime jurídico contido no Código Comercial de 1888 – Junho de 1995 – Edición del Autor.

Convención CMR. Por ejemplo, el art. 2,3 que confunde los transportes por superposición previstos en el art. 2 de la CMR con el transporte combinado de mercancías.

En otros casos, abandona normas y principios esenciales de la CMR, creando un sistema con lagunas y desnaturalizado –por ejemplo, con la imperfección de las normas sobre el derecho de disposición de la mercancía por el remitente y los impedimentos al transporte y a la entrega–, mucho mejor definidos en los arts.12, 13 y 14 de la CMR, y el art. 13,5 del nuevo régimen, que crea una presunción de imposibilidad de devolución de las mercancías al remitente, de muy difícil –si no imposible- aplicación.

Aún así, pese a las críticas esbozadas, y porque, como dice el viejo proverbio “lo mejor es enemigo de lo bueno”, es de aplaudir la publicación del Decreto-Ley nº 239/2003 que ha creado un nuevo régimen para el contrato de transporte más moderno y adaptado a las necesidades e intereses de la actividad del transporte nacional de mercancías por carretera y de cuantos, directa o indirectamente, a ella están vinculados.

3. El contrato de transporte; concepto y ámbito de aplicación del régimen.

El Decreto-Ley nº 239/2003, de 4 de Octubre (en adelante designado como “RJCT “= Régimen Jurídico del Contrato de Transporte), en su art. 2,1 define el contrato de transporte, de que nos ocupamos, del siguiente modo:

“Contrato de transporte nacional de mercancías por carretera es aquel celebrado entre transportista y remitente, en virtud del cual el primero se obliga a trasladar mercancías por medio de vehículos de carretera, entre lugares situados en el territorio nacional y a entregarlas al destinatario”.

Este concepto corresponde esencialmente al establecido, en la doctrina nacional, por Cunha Gonçalves y Pupo Correia⁴.

El objeto principal del contrato de transporte surge así consustanciado en una intervencionalidad plural de una obligación de medios –el desplazamiento de la mercancía- y otra de resultado –su entrega al destinatario-.

En el ámbito de los comentaristas de la Convención CMR⁵ este resultado –la entrega de la mercancía– aparece siempre como un elemento propio y diferenciador del contrato de transporte respecto a figu-

4 Cunha Gonçalves – Comentário ao Código Comercial Português – pág. 394 e Miguel Pupo Correia – Direito Comercial, 5ª Edição SPB Editora, pág. 130

5 En la doctrina, vg. Jacques Putzeys, “Le Contrat de Transport Routier de Marchandises” – Bruylant – Bruxelles – 1981, 10º, págs. 14 y 656, pág. 211, F.J. Sanchez-Gamborino « El Contrato de Transporte Internacional. CMR” Tecnos – 1996 – 7º, págs. 26, 670, pp 150.

Francisco Costeira da Rocha – “O Contrato de Transporte de Mercadorias” – Almedina – 2000 pp 65 y siguientes.

ras afines, como por ejemplo el contrato de tracción, o el de alquiler de vehículos para mercancías sin conductor (vulgarmente conocido como "rent-a-cargo").

También la jurisprudencia de los Tribunales portugueses va unánimemente en el sentido apuntado⁶.

El contrato de transporte es un contrato consensual, no dependiendo de ninguna forma específica. Como se verá más adelante, la carta de porte (en portugués, "guia de transporte") no es un elemento esencial para la existencia o validez del contrato, sino sólomente un medio de prueba (privilegiado, ya que permite ejercer una presunción "iuris tantum") de tal existencia, de la identidad de las partes y de las condiciones estipuladas. El contrato de transporte es de naturaleza mercantil, caracterizándose como un acto objetivamente comercial, por "encontrarse especialmente regulado en la ley en atención a las necesidades o intereses de la vida comercial" (art. 2,1 del Código Comercial, en su acepción más amplia que abarca todos los negocios jurídicos)⁷.

Es igualmente de naturaleza onerosa y sinalagmática, puesto que la prestación del transportista tiene como contrapartida el pago de un precio –comúnmente llamado porte (en portugués, "frete").

Finalmente, no es un contrato real, es decir, la entrega de la mercancía no es un elemento constitutivo en la formación del contrato. El contrato existe desde el momento en que haya un acuerdo de voluntad de las partes sobre los elementos esenciales del negocio y no a partir de la recepción de la mercancía por el transportista. El RJCT en su art. 2,1 y 2, toma clara posición en el sentido de considerar el contrato como bilateral, en la medida en que es celebrado entre sólo dos intervinientes de primer grado: el transportista y el remitente.

En el ámbito de una operación de transporte, dada su función de instrumento indispensable al comercio –el cual en feliz expresión de Dente⁸ solo es "una transferencia de mercancías en el tiempo y en el espacio"- alrededor de los intervinientes principales, es decir el transportista y

6 En la jurisprudencia, vid por todas STJ, de 16.03.98 ("El contrato de transporte de mercancías por carretera es aquel en que alguien se obliga mediante retribución a transferir por su cuenta y responsabilidad una cosa de un lugar a otro, y a hacer su entrega en el lugar de destino, revistiendo una naturaleza comercial, bilateral, onerosa, consensual y de resultado, en el ámbito de los artículos 366 a 392 del Código Comercial"), de 17-11-94, de 6.10.94, de 27.01.93 y de 25.02.93 ("El contrato de transporte es un contrato de resultado, en el sentido de que el transportista puede efectuar el transporte por sí, o por empresa o persona distinta").

7 Ferrer Correia – Lições de Direito Comercial, Volume I, 1973, pág. 83 e Miguel Pupo Correia, Direito Comercial, 5ª Edição, 1997, pág. 54.

8 M. G. Dente, Director Adjunto da Divisão de Transportes da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas – in Transport International de Marchandises par Route (CMR) Edición de la Union International des Transports Routiers – IRU, pág. 1 – Actas del Coloquio conmemorativo de los 30 años de la CMR.

el remitente, gravitan una infinidad de actores secundarios: desde los empleados del remitente hasta el conductor y otros empleados del transportista, pasando por agentes del vendedor de las mercancías, transitarios (en el transporte internacional), etc.

Respecto a las partes contractuales, el RJCT se limita -como dije sólo al remitente y al transportista, no separándose de la posición tradicional de la doctrina (Antunes Varela) que considera el contrato de transporte como un contrato a favor de tercero. Desde este punto de vista el destinatario sería sólo un tercero: el beneficiario de una estipulación de transporte acordada entre remitente y transportista.

En sentido contrario, y por la doctrina francesa liderada por René Rodiere, comienza a formarse en Portugal una corriente doctrinal en sentido de considerar el contrato de transporte como un acuerdo trilateral y asíncrono⁹. Desde esta perspectiva, el destinatario no sería un tercero, sino una parte integrante del contrato, que se adhiere al mismo no en el momento de su celebración entre remitente y transportista sino más tarde, cuando acepta la mercancía transportada. Esta cuestión no es de naturaleza meramente académica, en la medida en que la caracterización del destinatario como parte (o no) del contrato de transporte es esencial para confirmar su legitimación para demandar al transportista y la naturaleza frente a él de la responsabilidad (contractual o extracontractual) de dicho transportista y consecuentemente la determinación de a quién cabe la carga de la prueba sobre la culpa del transportista. En efecto, si el destinatario no es parte en el contrato, para actuar contra el transportista sólo podrá hacerlo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, teniendo entonces, como lesionado, que probar la culpa del transportista -conforme al art. 487,1 del Código Civil-.

El RJCT en su art. 2,1 limita el ámbito de aplicación espacial o geográfico de este régimen jurídico a los contratos que tengan por objeto el desplazamiento de mercancías "entre lugares situados en el territorio nacional".

En este punto, el legislador portugués no siguió el criterio adoptado en el art. 1 de la CMR y que deriva de la intención o voluntad de las partes. Pues para la aplicación de la CMR no es necesario que en efecto el transporte en cuestión se haga entre dos países distintos, o sea, con efectivo cruce de fronteras entre ellos, sino que basta que las partes hubieren previsto en el contrato este desplazamiento entre dos países.

En el RJCT no se adoptó tal cuidado, por lo que una interpretación meramente literal del precepto podría conducir a la conclusión de que, cuando un transporte fuese de hecho efectuado entre lugares

⁹ Francisco Costeira da Rocha – O Contrato de Transporte de Mercadorias, Contributo para o Estudo da posição jurídica do destinatário no Contrato de Transporte de Mercadorias – Ed. Almedina, pág. 236.

situados en el interior del territorio portugués, se aplicaría sin más el régimen nacional aunque en la carta de porte las partes hubiesen previsto que el lugar de entrega de las mercancías estuviera ubicado por ejemplo en España.

En esta situación nos encontraríamos ante un conflicto de leyes entre el RJCT y la CMR.

No es esta la buena interpretación que propugnamos, por lo que defendemos que en la duda sobre qué régimen aplicar debemos auxiliarnos de un elemento extraliteral cual es la voluntad de las partes y el fin que ellas pretendieron al contratar.

Si éstas quisieron que el transporte fuese efectuado entre dos países distintos, siendo uno de ellos Portugal, debe siempre aplicarse la Convención CMR, aunque por cualquier impedimento durante la ejecución del transporte éste termine todavía en territorio portugués.

Si, por contra, las partes pretendieron que el transporte se limitase a dos lugares en el interior del territorio nacional (sólo en este caso) debería aplicarse el RJCT.

En cuanto al objeto del contrato, esto es, las mercancías transportadas, debemos señalar que el RJCT (art. 2,4) no se aplica a los contratos de transporte en el ámbito de los servicios postales ni a los transportes de mercancías sin valor comercial.

Comparado con el ámbito material de aplicación de la Convención CMR (art. 1,4) que excluyen de ese ámbito no sólo los transportes postales sino también los funerarios y las mudanzas, el RJCT presenta un campo de aplicación más amplio.

4. La formación del contrato; la carta de porte y su función probatoria; reservas por el transportista

Como antes se dijo, el contrato de transporte tiene naturaleza consensual, no dependiendo para su existencia y validez de forma especial alguna, concretamente no se requiere la forma escrita.

Es decir, para la formación del contrato de transporte no es esencial que exista un documento escrito. Esta característica de consensualidad se encuentra expresada en el art. 3,2 del RJCT, disposición que reproduce casi literalmente el art. 4 de la Convención CMR.

La carta de porte, en el art. 3,1 del RJCT, asume igual que en la CMR una función "ad probationem" y no "ad substantiam" o presupuesto constitutivo del contrato. "La carta de porte hace prueba de la celebración y de los términos y condiciones del contrato".

Sin embargo, el RJCT, al contrario que la CMR (art. 9), no establece cuál es el valor jurídico de la carta de porte: si crea una presunción "iuris tantum" eludible mediante una prueba en contrario, o si es un medio de prueba exclusivo con excepciones en casos limitados, como sucedía en la legislación anterior con el art. 373 del Código comercial; el cual preveía que todas las cuestiones relativas al transporte se decidirían por la carta de porte salvo en los casos de falsedad o error involuntario en su redacción.

En nuestra opinión se trata de una laguna del RJCT, que como tal debe ser integrada aplicando por analogía el art. 9 de la CMR por ser la norma más próxima y que mejor se adecua al proceso de integración. En ese caso, la carta de porte nacional establecería, igual que la CMR, la presunción "iuris tantum" de lo estipulado.

El RJCT en su art. 3,4 (a semejanza del art. 7,2 de la CMR) establece una importante presunción a favor del transportista en los siguientes términos:

"Se presume que el transportista actúa en nombre del remitente cuando, a petición de éste, inscribiera en la carta de porte indicaciones de que es responsable dicho remitente".

Sucede sin embargo que contrariamente a la Convención CMR (art. 7,1) el RJCT no define con precisión cuáles son las menciones de responsabilidad del remitente.

Es cierto que en su art. 16,1 el RJCT prevé la responsabilidad del remitente por los gastos y perjuicios resultantes de la inexactitud o insuficiencia de las indicaciones contenidas en la carta de porte relativas a las mercancías y al destinatario.

Todavía hemos de decir que, dada la formulación tan genérica utilizada por el legislador ("menciones relativas a las mercancías y al destinatario"), y analizando las menciones obligatorias de la carta de porte (art.4,1 del RJCT), así como las opcionales (art. 4,2 ídem) surgen fundadas dudas en cuanto a cuáles son efecto las de responsabilidad del remitente y que por aplicación del citado art. 4,3 se presumen hechas por el transportista en nombre del remitente, y cuáles son en cambio aquellas otras menciones a las que no llega la referida presunción.

A las reservas que puede poner el transportista, el RJCT dedica su art. 9.

El papel de esta reserva es muy importante si consideramos que la responsabilidad del transportista está temporalmente limitada al periodo que media entre el recibo de las mercancías para el transporte (en francés "prise en charge" o en inglés "taking over") y la entrega de las mercancías al destinatario.

Las reservas del transportista, como constatación de verificaciones cuantitativas o cualitativas, permiten excluir su responsabilidad en cuanto a pérdidas o averías que puedan ser detectadas en el futuro momento de su entrega al destinatario.

En efecto, siendo inscritas estas reservas en la carta de porte y aceptadas por el remitente mediante su firma, las reservas sitúan cualquier irregularidad o defecto observado (falta de bultos, mercancías en mal estado aparente o embalaje dañado, etc.) en un momento anterior al de la recepción de la mercancía por el transportista, momento a partir del cual, como se dijo, comienza su responsabilidad

En el art. 9 del RJCT el objeto de las reservas (que son consideradas como una facultad y no como un deber al modo del art. 8,1 de la CMR) parece limitarse a las verificaciones cualitativas -por ejemplo, mercancías o su embalaje con defectos exteriores- así como a situaciones en que el transportista no disponga de medios razonables para verificar la exactitud de las indicaciones inscritas en la carta de porte -por ejemplo, mercancías encerradas en contenedores o un elevado número de bultos-.

Por su parte, la Convención CMR en su art. 8,1 letra a) prevé también expresamente la formulación de reservas cuantitativas, es decir que cuestionen el número de bultos y sus indicaciones (marcas, números, etc.) Se trata, debido a una deficiente técnica legislativa del RJCT, de una laguna más que deberá ser subsanada acudiendo a la aplicación analógica de la CMR.

5. Derechos del remitente y derechos del transportista

El RJCT, a semejanza de la Convención CMR, trata sobre los derechos del remitente en varios lugares, sobre todo en su art. 5.

No nos referiremos aquí al derecho básico de que la mercancía sea entregada en destino en las mismas condiciones en que fue confiada al transportista, sino a derechos de naturaleza instrumental o accesorio.

El referido art. 5 otorga al remitente los siguientes derechos:

- * el derecho de exigir al transportista la verificación de las mercancías en cuanto a su cantidad, peso bruto y contenido de los bultos (art. 5,1);
- * el derecho de disponer de las mercancías en el sentido de, mediante nuevas instrucciones, poder modificar las condiciones inicialmente acordadas para la ejecución del transporte, ordenando su suspensión, modificando el lugar previsto para la entrega, o designando destinatario distinto (art. 5,2);

A este respecto cabe decir que las nuevas instrucciones deben ser inscritas en la carta de porte (art. 5,3), no indicando el RJCT en cuál de los ejemplares debe ello hacerse (el del remitente, el del transportista o el del

destinatario). En la CMR las nuevas instrucciones deben ser inscritas en el primer ejemplar de la carta de porte (art. 12,5,a).

Por otro lado, debemos todavía señalar el carácter incompleto del RJCT en comparación con las condiciones exigidas por la CMR (art. 12,5) para el ejercicio de este derecho de disposición del remitente: además de su inscripción en la carta de porte, como hemos dicho, la CMR exige la viabilidad técnica y económica del cumplimiento de las nuevas instrucciones (es decir, que no dificulten la normal explotación de la empresa transportista ni perjudiquen a los remitentes o destinatarios de otras remesas) así como que no supongan la división del envío.

A este respecto, el régimen del RJCT es generador de desequilibrios contractuales.

Aún hay que decir que los gastos y perjuicios sufridos por el transportista como resultado de las nuevas instrucciones, igual que en la CMR, son de responsabilidad del remitente (art. 16,2).

* el derecho a designarse a sí mismo como destinatario (art. 5,4) disposición que correspondía al art. 371 del Código comercial.

Junto a estos derechos, tratados de forma específica en el art. 5, el RJCT prevé en otros lugares los siguientes derechos del remitente:

* el derecho del remitente (y también del transportista) en caso de que la mercancía sea cargada en más de un vehículo o de que se trate de diversas clases de mercancías o de lotes distintos, a exigir que sean emitidas tantas cartas de porte como vehículos a utilizar o como clases o lotes de mercancías (art. 3,3)

* el derecho a declarar en la carta de porte un valor de la mercancía que garantice un límite de responsabilidad del transportista superior al máximo tasado (10 euros por kilo, art. 6); este derecho está sujeto al pago de un suplemento de precio a acordar libremente con el transportista.

* el derecho a declarar en la carta de porte el valor de un interés especial en la entrega de la mercancía para el caso de pérdida, avería o incumplimiento del plazo de entrega; este derecho está sujeto al pago de un suplemento de precio a convenir libremente con el transportista. Caso de ser estipulado el valor de un interés en la entrega la indemnización a pagar por el transportista puede ser superior al límite máximo previsto (equivalente al precio del transporte) e incluir además del daño emergente el resarcimiento del lucro cesante.

* el derecho a estipular con el transportista en la carta de porte el cobro por éste y por cuenta de aquél del precio de la mercancía a cambio de su entrega al destinatario -entrega contra reembolso-. En esta situación, incumplida esa cláusula por el transportista, asiste al remitente el derecho a ser indemnizado hasta el valor del cobro estipulado.

El RJCT trata igualmente -aunque de forma no sistematizada- de los derechos del transportista. Igual que cuando hablábamos de los derechos

del remitente, tampoco vamos aquí a analizar el derecho básico del transportista que, en este caso, es el de cobrar el precio del transporte -portes-.

Ya hemos referido el derecho del transportista a formular reservas en el momento de recibir la mercancía (art. 9)

Como complemento, diremos que el RJCT señala -como una condición para su eficacia (art. 9,2)- que las reservas estén descritas en la carta de porte y sean expresamente aceptadas por el remitente (bastando al efecto, en nuestro criterio, su firma en la carta de porte).

Como se dijo antes, las reservas son objeciones que el transportista presenta cuando recibe las mercancías a transportar, tanto respecto a la cantidad como respecto al estado de la mercancía y de su embalaje.

Por consiguiente, el RJCT (igual que la CMR) establece la presunción de que, a falta de reservas por el transportista, las mercancías y/o su embalaje estaban en buen estado aparente cuando el transportista las recibió y que las indicaciones del documento eran exactas (art. 9,3).

Con el propósito de simplificar el uso de reservas por el transportista, el legislador del RJCT previó la posibilidad de una tipificación o codificación de las reservas (art. 9,2), a semejanza de lo que sucede en el transporte internacional con la "check list" elaborada por la IRU.

Esta tipificación o codificación están pendientes de ser establecidas mediante Orden del Ministerio competente en materia de transporte.

Además del derecho a formular reservas, el transportista tiene según el RJCT los siguientes derechos:

- * el derecho a exigir la emisión de varias cartas de porte en caso de que las mercancías sean cargadas en varios vehículos o de que se trate de mercancías de varias clases o en lotes distintos (art. 3,3)

- * el derecho a recibir un suplemento del precio del transporte cuando acepte cláusulas extraordinarias de valor de las mercancías, de interés especial en la entrega o de entrega contra reembolso (arts. 6, 7 y 8).

- * el derecho a ser reembolsado por el remitente de todos los gastos causados por la petición de instrucciones o por su ejecución, así como los ocasionados por la devolución, por las medidas de conservación o por la venta de las mercancías, salvo cuando estos gastos sean consecuencia de una culpa del transportista (art. 13,3).

- * el derecho a vender las mercancías percederas transportadas (art. 13,4) cuando concurren todos los siguientes requisitos: imposibilidad del cumplimiento del contrato de transporte en las condiciones acordadas, imposibilidad de obtener instrucciones del remitente, o en el caso del destinatario en tiempo útil; imposibilidad de devolver las mercancías al remitente; e inexistencia de otras medidas adecuadas a la conservación de las mercancías.

En cuanto al derecho de retención del transportista, el RJCT le dedica todo un precepto: el art. 14, que dice así:

"1. El transportista ostenta un derecho de retención sobre las mercancías transportadas como garantía del pago de los créditos vencidos de que sea titular relativos a los servicios de transporte prestados.

2. Siempre que ejerciera este derecho de retención, el transportista debe notificar al destinatario y al remitente, si uno y otro fueran personas distintas, dentro de los tres días inmediatos a la fecha prevista para la entrega de la mercancía.

3. En el ejercicio del derecho de retención, el transportista debe presentar acción judicial dentro de los 20 días siguientes a la notificación referida en el número anterior.

4. Los gastos para conservación de las mercancías, efectuadas en el ejercicio del derecho de retención, son a cargo del deudor".

El derecho de retención del transportista es un derecho real de garantía, una garantía especial para las obligaciones, de la cual la Convención CMR no trata.

La solución del RJCT, cuando se compara con la legislación anterior -art. 390 del Código Comercial¹⁰,- es de alabar en la medida en que, por la amplitud del derecho de retención ahora establecido, se muestra más adecuada a las actuales relaciones jurídico comerciales que se establecen en el sector del transporte de mercancías.

En efecto, se ha extendido entre los transportistas y sus clientes la contabilización de los débitos y créditos recíprocos mediante el sistema de cuenta corriente.

Esta realidad, además de otra cual es que -en una aplastante mayoría de casos- el vencimiento no ocurre en el momento de entrega de la mercancía, imponían la formulación de un derecho de retención en términos más amplios de lo que en el Derecho anterior estaba previsto, donde el transportista sólo podría retener la mercancía transportada para garantizar el pago del precio de ese mismo transporte y no de servicios de transporte anteriores.

En la actual formulación, "los créditos vencidos de que (el transportista) sea titular relativos a los servicios de transporte prestados", -como dice el art. 14,1 del RJCT- son todos: los relativos a la mercancía cuyo transporte generó este crédito, o cualquier otro derivado de servicios anteriores prestados al mismo cliente.

10 Aunque el derecho de retención se encuentre igualmente previsto en el art. 755,1,a) del Código Civil, siempre defendemos en el ámbito de la Ley anterior que, en el del contrato mercantil de transporte de mercancías por carretera, se debería aplicar el art. 390 del Código Comercial. En efecto, aunque el art. 755 del Código Civil sea posterior al Código Comercial de 1888, el derecho comercial es un derecho especial frente al derecho civil, aplicándose el principio "lex generalis non derogat lex speciali".

Por lo demás, este derecho de retención amplio ya se encontraba establecido para los transitarios en el art. 14 del Decreto-Ley nº 255/1999 de 7 de Junio, disposición que se mantiene en vigor.

En el plano de la política legislativa, la solución del RJCT es buena, manteniendo entre los dos créditos (el del transportista relativo a créditos de que es titular por servicios de transporte prestados al mismo deudor, y el del deudor relativo a la entrega por el transportista de las mercancías transportadas) una relación de conexión: "debitum cum re iunctum".

El principio continúa siendo el mismo que en la legislación anterior: el de la conexión en la fuente de ambos créditos, volviéndose uno de ellos plural: todos los créditos de que el transportista sea titular contra el mismo cliente, y no sólo el crédito resultante del transporte concreto que lo genera, como sucedía en la legislación derogada.

6. La responsabilidad del remitente

La responsabilidad del remitente es tratada en el RJCT en términos muy semejantes a como lo hace la Convención CMR.

Así, el remitente responde ante el transportista por los gastos y perjuicios que le haya causado, en las siguientes situaciones, previstas en el art. 16:

- * inexactitud o insuficiencia de las indicaciones contenidas en la carta de porte en cuanto a la mercancía o al destinatario;
- * nuevas instrucciones dadas durante el transporte;
- * defectos de la mercancía o de su embalaje, salvo si el transportista -siendo el defecto aparente o habiendo tenido conocimiento de él al momento de recibir la mercancía- no hubiese formulado reservas;

Además, en el transporte de mercancías peligrosas, u otros que exijan precauciones especiales conforme a la legislación específica aplicable, el remitente es igualmente responsable cuando omita las indicaciones exactas acerca de la naturaleza de ese tipo de mercancías, especialmente su denominación en términos de dicha legislación específica (art. 4,1,d). Cotejando este régimen con el previsto en la Convención CMR, constatamos que no existe en el RJCT disposición semejante al art. 11 de la CMR, que regula la responsabilidad del remitente por los daños que resulten de la falta, insuficiencia o irregularidad de los documentos que deben acompañar a la mercancía hasta su entrega al destinatario.

Por lo demás, el art. 372 del Código Comercial, ahora derogado por el RJCT, también establecía, en caso de insuficiencia o irregularidad de los documentos entregados por el remitente, una responsabilidad de este último en términos muy semejantes a como lo hace la CMR.

Se trata de una omisión que desequilibra el régimen del contrato en perjuicio del transportista, ya que ante la legislación fiscal portuguesa relativa al IVA

de las mercancías en circulación, el transportista puede sufrir onerosas multas en caso de insuficiencia de los documentos fiscales emitidos por el remitente.

7. La responsabilidad del transportista

El art. 17,1 del RJCT reproduce íntegramente el de igual numeración de la Convención CMR:

"El transportista es responsable de la pérdida total o parcial, y de la avería que se produzca entre el momento de la carga de las mercancías y el de su entrega, así como por el retraso en su entrega".

Este precepto, que define una responsabilidad del transportista por culpa, contiene una presunción de culpa y por consiguiente una presunción de responsabilidad del transportista delimitada temporalmente entre dos hechos: la toma en carga de la mercancía por el transportista y la entrega de dicha mercancía al destinatario.

Debemos señalar, sin embargo, que el legislador del RJCT, siguiendo la equivocada traducción portuguesa de la versión francesa (original) de la Convención CMR, reprodujo erróneamente la expresión "prise en charge" como "carga".

Pero, la "carga" es simplemente el acto material de colocación de las mercancías a bordo del vehículo que las ha de transportar, mientras que "toma en carga" ("prise en charge") es un acto jurídico que normalmente corresponde a la firma por el transportista de la carta de porte, y que representa el momento en que el transportista asume la responsabilidad respecto a las mercancías.

Operación de carga y toma en carga no son necesariamente coetáneos.

Normalmente, el vehículo es cargado y sólo tras la terminación de las operaciones de carga y de estiba de las mercancías es cuando el conductor firma la carta de porte.

De otro modo no podría proceder a las verificaciones necesarias para formular reservas.

Puede incluso suceder que entre la operación de carga y la toma en carga pasen horas y hasta días: por ejemplo, si el vehículo es cargado en el almacén de un exportador un viernes y la carta de porte sólo es firmada por el conductor, antes de iniciarse el transporte, el lunes siguiente.

7.1. Causas de exclusión de la responsabilidad del transportista

La presunción de culpa y de responsabilidad del transportista, contenida en el art. 17 del RJCT, es un corolario lógico de la presunción de culpa del deudor de la responsabilidad contractual, y que encuentra su confirmación expresa en el art. 799,1 del Código Civil.

Sin embargo, cabe al transportista probar la concurrencia de una o más causas de exoneración de responsabilidad.

Esas causas de exclusión de su responsabilidad se encuentran listadas en el art. 18 del RJCT, y son las siguientes:

- 1.-naturaleza o vicio propio de la mercancía (art. 18,1);
- 2.-culpa del remitente o del destinatario (art. 18,1);
- 3.-caso fortuito o fuerza mayor (art. 18,1);
- 4.-ausencia o defecto del embalaje en las mercancías que, por su naturaleza, están sujetas a pérdidas o averías cuando no están debidamente embaladas (art. 18,2,a);
- 5.-manipulación, carga, estiba o descarga de la mercancía por el remitente o por el destinatario o por personas que actúen por cuenta de éstos (art. 18,2,b);
- 6.-Insuficiencia o imperfección de las marcas o de los símbolos puestos en los bultos (art. 4,2,c);

Las primeras tres causas de exoneración de responsabilidad del transportista corresponden esencialmente a las causas de exclusión previstas en el apdo. 2 del art. 17 de la Convención CMR. Con una diferencia sustancial en lo que se refiere al caso fortuito o fuerza mayor.

En efecto, el legislador de la CMR utiliza la expresión "circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo superar".

Es decir, la CMR pone el acento en el carácter inevitable de las circunstancias que son causas de las consecuencias o efectos.

Mientras que en el RJCT el legislador se refiere al caso fortuito y a la fuerza mayor, concepto que la doctrina y la jurisprudencia tienen definido con dos elementos: la inevitabilidad de facto y la imprevisibilidad.

Esta cuestión presenta gran relevancia práctica en los casos de robo de las mercancías transportadas.

Si la causa de exclusión fuere el hecho fortuito o la fuerza mayor, como sucede en el RJCT, el transportista tendrá gran dificultad para probar la imprevisibilidad del robo. Los Tribunales tienen normalmente tendencia a considerar que, al estacionar el vehículo en un *parking* sin vigilar, el transportista corrió un riesgo previsible y por consiguiente, no consideran el robo como causa de exclusión de su responsabilidad.

Al contrario, la fórmula de la Convención CMR "circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo superar", sustentado sólo en el requisito de la inevitabilidad, permite al transportista una prueba más fácil y establece así una causa de exoneración de mayor amplitud.

Aún debemos añadir que el legislador del art. 18 del RJCT, sin que se sepa por qué, se apartó del régimen de causas exoneratorias de la responsabilidad del transportista prevista en los arts. 17 y 18 de la CMR, en dos aspectos esenciales, a saber:

- en primer lugar, desapareció el sistema de causas presuntivas de exclusión de responsabilidad del transportista, a que PUTZEYS llama hechos liberatorios o causas privilegiadas y SANCHEZ-GAMBORINO causas especiales o particulares¹¹.

En efecto, el apdo. 4 del art. 17 de la CMR establece una lista de hechos que, en términos del art. 18,2 de dicha Convención, una vez probada su ocurrencia y probada también la mera posibilidad de que la pérdida o la avería hayan resultado de uno de esos hechos, hacen presumir un vínculo de causalidad entre ese hecho concreto y la pérdida o la avería, exonerando al transportista de su responsabilidad.

Esta presunción del vínculo de causalidad, prevista en la CMR, es mucho más favorable para el transportista que la prueba exigida por las causas del art. 17,2 de la CMR (culpa del usuario, vicio propio de la mercancía, o circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo superar) puesto que en cuanto a esos hechos el vínculo de causalidad no se presume sino que también ha de ser probado. O sea, en los casos de art. 17,2 el transportista tiene que llevar a cabo una doble prueba: del hecho y del vínculo causal, mientras que en los casos del art. 17,4 basta con que pruebe el hecho y la mera posibilidad de que este hecho sea la causa del perjuicio.

Hemos de añadir que los hechos listados en los tres párrafos del art. 18,2 del RJCT y para los cuales se exige una prueba completa del vínculo de causalidad corresponden casi literalmente a las causas presuntivas previstas en las letras b), c) y e) del art. 17,4 de la CMR, las cuales como se ha dicho fueron por el legislador internacional revestidas de una naturaleza presuntiva de prueba más favorable al transportista.

- en segundo lugar, el legislador del art. 18 del RJCT sin ninguna razón suprimió de la lista de causas presuntivas del art. 17,4 de la CMR tres hechos liberatorios de reconocida importancia práctica, a saber: el uso de vehículos abiertos y no entoldados, cuando este uso no fue estipulado expresamente y el pacto mencionado en la carta de porte -art. 17,4, letra a)-; naturaleza de ciertas mercancías, sujetas por causas inherentes a esa propia naturaleza, sea a pérdida total o parcial, sea a avería, especialmente por rotura, óxido, deterioro interno y espontáneo, desecación, derrame, podredumbre o acción de plagas o roedores -art. 17,4, letra d); y transporte de animales vivos -art. 17,4 letra f)-.

11 Jacques Putzeys – Le Contrat de Transport Routier de Marchandises, Ed. Bruylant Bruxelles – 1981, pág. 224.
F.J.Sánchez-Gamborino - El Contrato de Transporte Internacional, CMR, Ed. Tecnos 1996

7.2 Limitación de responsabilidad

Al contrario que el viejo régimen del Código Comercial, el art. 18 del RJCT establece límites máximos de responsabilidad del transportista. Son los siguientes:

- en caso de pérdida o avería de las mercancías, 10 euros por kilo de peso bruto de mercancía, salvo en caso de establecimiento, mediante acuerdo, de cláusulas de declaración de valor de interés especial en la entrega o de entrega contra reembolso;
- en caso de retraso en la entrega, una cantidad equivalente al precio del transporte, salvo si se hubiera convenido la cláusula de interés especial en la entrega, en que adicionalmente puede ser exigida indemnización por el lucro cesante.

La intención del legislador del RJCT fue aproximar o equiparar estos límites máximos a los previstos en el art. 23,4 y 5 de la Convención CMR (con la redacción dada por el Protocolo de 5 Julio 1978, al que se adhirió Portugal mediante Decreto 28/88 de 6 Septiembre) o sea 8'33 Derechos Especiales de Giro del FMI en casos de pérdidas o averías e igualmente una cantidad equivalente al precio del transporte en caso de retraso en la entrega del que deriven perjuicios.

Consideramos sin embargo que el legislador del RJCT podría haber ido más lejos.

En efecto, es sabido que el precio medio unitario por kilo de las mercancías objeto de transporte nacional (atendida su naturaleza: la mayor parte de veces materias primas y materiales de construcción civil, y no productos acabados de mayor valor añadido) es, con toda certeza, muy inferior al precio unitario por kilo de los bienes objeto del transporte internacional.

Por otro lado, los límites máximos de responsabilidad fijados en la ley portuguesa para transportistas que operan en los modos ferroviario y marítimo son bastante inferiores a los previstos en la CMR y en el RJCT.

Concretamente, para el ferrocarril y en los casos de pérdida o avería de las mercancías rige un límite máximo de 3'5 euros (anteriormente, 700 escudos) por kilo de peso bruto -art. 145 de la Tarifa General de Transportes, parte II "Mercancías" en la redacción dada por Orden nº 812/87 de 26 Septiembre-. Y en el transporte marítimo esta responsabilidad máxima es de 498'80 euros (anteriormente, 100000 escudos) por bulto o unidad de carga -art. 1,1 del Decreto-Ley nº 37.748 de 1 Febrero 1950, modificado por el art. 35,1 del Decreto-Ley nº 352/86 de 21 Octubre-.

Volviendo al transporte por carretera, en el ordenamiento jurídico español la limitación de responsabilidad del transportista nacional de mercancías se encuentra fijada en un máximo legal de 4'5 euros por kilo -art. 23,1 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, LOTT, en su modificación por Ley 29/2003 de 8 Octubre-.

Considerando lo que antecede, parece que el límite máximo fijado por el RJCT es demasiado alto y sería más razonable un límite cercano a 3'5 euros.

7.3 Prescripción del derecho a indemnización por daños a la mercancía

El RJCT establece en su art. 24 un plazo de prescripción de un año para el derecho a percibir indemnización por daños a la mercancía de que sea responsable el transportista.

Al introducir esta prescripción de un año, el legislador generó mayor seguridad jurídica en la actividad transportista, ya que, en el ámbito del Código Comercial, la ausencia de un plazo de prescripción específico para el transporte y la consecuente aplicación subsidiaria del plazo general de prescripción de 20 años acarrea riesgos anormales y desmesurados para la actividad.

El plazo de prescripción del RJCT corresponde al plazo general de un año previsto en el art. 32 de la Convención CMR¹².

El art. 24,2 del RJCT establece que este plazo de prescripción se cuenta "a partir de la fecha de la entrega de la mercancía al destinatario o de su devolución al remitente o, en caso de pérdida total, del 30º día posterior a la acepción de la mercancía por el transportista.

Sin embargo, el referido art. 24 del RJCT apenas recogió una ínfima parte del contenido del art. 32 de la CMR.

En primer lugar, porque la norma del RJCT a examen restringe su ámbito de aplicación al derecho a indemnización por daños de que sea responsable el transportista, mientras que el art. 32 de la CMR abarca todas las acciones que derivan del contrato de transporte".

Así el art. 24 del RJCT no incluye en su régimen de prescripción las reclamaciones del transportista contra su cliente, como por ejemplo:

- por impago del precio del transporte y otros gastos soportados (pago anticipado del IVA expresado en facturas no pagadas, etc.);
- por paralización del vehículo debida a culpa del remitente o del destinatario;
- por daños al vehículo o a las instalaciones del transportista, causados por las mercancías;
- por perjuicios causados al transportista derivados de la prohibición de circular por un itinerario impuesto por el remitente; etc.

Por otro lado, el RJCT no define el día inicial de cómputo del plazo de prescripción en otros casos de responsabilidad del transportista.

¹² La jurisprudencia dominante en Portugal va en el sentido de considerar como de prescripción y no de caducidad el plazo del art. 32 de la CMR – vg por todas Ac STJ, de 2.07.1991, BMJ, 409, pág. 828

Nos referimos a supuestos de responsabilidad derivados del incumplimiento de una instrucción válida del remitente, de la rehusa a efectuar un transporte contratado, e incluso de la responsabilidad derivada de la falta de cobro del precio de la mercancía contra reembolso.

Aún diremos que el RJCT no establece una causa especial de suspensión de la prescripción semejante a la prevista en el art. 32,2 de la Convención CMR cuando dice "una reclamación escrita suspende la prescripción hasta el día en que el transportista rechace por escrito dicha reclamación y devuelva los documentos que a ella fueran adjuntos".

Quedan así disminuidos los derechos de los titulares de indemnización contra el transportista, aplicándose subsidiariamente en materia de suspensión de la prescripción los arts. 318 a 322 del Código Civil y, en lo que respecta a interrupción de la prescripción, los arts. 323 a 327 del mismo Código. En términos prácticos, en la mayoría de situaciones la interrupción de la prescripción sólo tendrá lugar con la citación del transportista para una acción judicial.

Finalmente, y todavía comparando el régimen de prescripción del RJCT con el de la CMR, destacaremos que el legislador nacional previó un plazo de prescripción anual en todo caso sin distinguir si la responsabilidad en causa se funda sólo en culpa o, por contra, se basa en una conducta dolosa. Pues, en este último caso -como es sabido- el art. 32,1 de la CMR alarga el plazo de prescripción hasta tres años.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

EFFECTOS NEGATIVOS DE LA SITUACIÓN DE PERIFERIA GEOGRÁFICA DE PORTUGAL, EN EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

por

Dr. Abel MARQUES

*Miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU.
Secretario General de la Asociación Portuguesa de
Transporte de Mercancías por Carretera – ANTRAM
(Lisboa)*

1. Portugal periférico

Hoy la Europa comunitaria tiene que ser vista en el contexto de sus varias y sucesivas ampliaciones hasta los actuales veinticinco estados. En su origen –1957- sólo fueron seis países: Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo. En 1973, se adhirieron Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido; en 1981, Grecia; en 1986, España y Portugal; en 1995, Austria, Finlandia y Suecia; y finalmente en 2004, Chipre, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, Eslovaquia y Eslovenia. Pero aún se prevé la entrada de más países. Son actualmente candidatas a la incorporación Bulgaria y Rumania desde 1997; Croacia desde 2004 y Turquía desde 1999.

Una simple mirada al mapa identifica de inmediato la situación geográfica de Portugal, siempre lejos del centro de Europa, sin posibilidad de paso terrestre hacia Occidente y, a medida que suceden estas ampliaciones, en una posición cada vez más periférica.

En 1986, Portugal pasó a integrarse en la Comunidad Europea, posteriormente Unión Europea, y así a formar parte de un programa del que se esperaba un crecimiento económico capaz de satisfacer las necesidades de nuestra sociedad en términos de bienestar a corto, medio y sobre todo largo plazo.

Sin embargo, las varias versiones del desarrollo llamado sostenible en nuestra opinión no han tenido en cuenta un factor determinante para el equilibrio de las políticas europeas, instrumentos de ese desideratum, cual es la situación geográfica periférica de algunos países.

Este desequilibrio, que ya compromete las necesidades del presente, aún pondrá más en riesgo la capacidad de crecimiento de las generaciones futuras.

La integración supone la cohesión económica, social y territorial entre los Estados miembros y las regiones de la Unión Europea.

La cohesión económica y social es el pilar de la construcción europea, desde luego presente en el Tratado de Roma, cuando en su preámbulo se refiere a la reducción de las desigualdades de desarrollo entre las regiones.

En 1986, el Acta Unica Europea introdujo el objetivo de cohesión económica y social, y el Tratado de Maastricht institucionalizó esta política en el Tratado de la CE (artículos 158 a 162).

La reciente ampliación de la Unión a 25 Estados miembros viene a agudizar aún más el problema de la desigualdad antes referida, sobre todo en las regiones que sufren dificultades estructurales específicas, derivadas de desventajas naturales geográficas, como es el caso de Portugal, dada su situación periférica.

La periferia debería tener previsto, de pleno derecho, un estatuto en la política de cohesión económica y social, de manera que así se contribuyese a reducir la desigualdad entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el atraso de las menos favorecidas.

Como eso no sucede, es necesario insistir en la situación de periferia territorial, para que la Unión Europea tome conciencia de las razones que justifican una política general que, previéndola, elimine sus diversos efectos negativos, directos e indirectos.

El transporte de mercancías por carretera en Portugal, sector cuya movilidad geográfica es determinante para su competitividad económica, como en cualquier otro Estado miembro, sufre hoy una gran crisis, no sólo por las razones expuestas en el Libro Blanco "La Política Europea de los Transportes en el Horizonte 2010" (exceso de oferta y envilecimiento de los precios), sino también por el atraso derivado del posicionamiento geográfico ante los mercados del centro de Europa y de la falta de elementos atenuantes de los efectos negativos de esa situación geográfica.

Posición geográfica natural y atraso en el desarrollo de facilidades son, para nosotros, dos factores determinantes de la crisis que paulatinamente ha venido estructuralmente a sedimentarse.

Importa referir que, aunque el Libro Blanco se refiere al problema de las regiones periféricas, no lleva a cabo un reconocimiento de las mismas, y mucho menos adopta medidas específicas para resolver los desequilibrios derivados de esa situación periférica.

En este contexto, la subsidiariedad de la Unión Europea, plasmada en las decisiones que a nivel europeo se justifican, frente a acciones desarrolladas en el ámbito de la competencia de los Estados, ha sido una fuerte ayuda al tratamiento del "status quo" constituido por los efectos negativos de la periferia.

Esta situación de desventaja amenaza día a día a las empresas portuguesas, minando su capacidad de competir frente a sus competidoras europeas.

La situación periférica, en el transporte de mercancías por carretera, supone que Portugal está en el último lugar de Europa y con una única sali-

da por carretera hacia el Centro y el Este, con un disparado coste económico del binomio tiempo/coste de explotación para el acceso a los mercados allí localizados y con la imposibilidad natural de recepción de ingresos de tránsito.

Esta tercera desventaja, que nos parece cada vez más importante y determinante para la concurrencia de las empresas de transporte no fue, en cuanto a nosotros, considerada en el relevante estudio sobre las “Desventajas de los países periféricos a nivel europeo en el transporte de mercancías por carretera”, editado en España por la Fundación Francisco Corell, siendo sus autores Angel C. Aparício Mourelo y Rafael Izquierdo de Bartolomé.

El hecho de que Portugal no tenga la posibilidad natural de recibir, en tránsito, vehículos de otros Estados, repercute en su incapacidad de crear un sistema de tasas por uso de su infraestructura, que pueda financiar la mejora de ésta. En otros casos, el flujo generado por el tránsito es dinamizador, catalizador e inductor de mejoras a nivel de reglamentaciones y accesibilidades.

La situación geográfica periférica de Portugal constituye así un problema que es necesario analizar seriamente, y a través de evidencias que seguidamente se describirán, ponerla en el orden del día de los debates nacionales y europeos. Antes o después, Europa tiene que asumir esta evidencia y pasar a tratar a los países periféricos de una manera distinta, para que el equilibrio económico y social sea una realidad.

Vamos así a analizar cada una de las situaciones que aparecen como causas de los efectos negativos, directos e indirectos, generados por esta situación periférica. Señalando que algunas de ellas, aunque no suceden por motivo de la periferia, adquieren sin embargo por ello mismo unas trazas de especial gravedad.

2. Restricciones al tráfico de mercancías

Algunos Estados miembros han introducido unilateralmente restricciones a la circulación de vehículos de carretera, sobre todo durante los fines de semana y días festivos, sin que exista por parte de la Unión Europea –pese a una enérgica intervención en este sentido de los países más perjudicados, entre ellos Portugal- hasta el momento, ninguna decisión firme de armonizar las reglas en este ámbito.

Portugal está así particularmente afectado por estas restricciones por cuanto la distancia que le aparta del centro impone una gestión de los tiempos de conducción y reposo de las tripulaciones y una articulación de la compatibilidad con los días de restricción que, de ser conseguida, no deja de reflejarse negativamente sobre el precio de los servicios, además de en la buena gestión de estos tiempos y en general en las condiciones de trabajo de los conductores.

De hecho, la inmovilización forzosa de los vehículos y sus tripulaciones crea complicados problemas de gestión de los tiempos de trabajo y aumenta la posibilidad de comisión de infracciones, también porque atrasa el viaje de regreso a los domicilios y conlleva varios días de alejamiento de esos conductores respecto a sus familias.

Por otro lado, esas restricciones hacen que los controles en carretera por las autoridades de los países vecinos se hagan más agresivas y severas, aumentando los riesgos de la inseguridad viaria en general y disminuyendo las condiciones de una sana concurrencia.

3. Límites temporales al cabotaje

El Reglamento comunitario 3118/93 del Consejo de 25 de Octubre de 1993 vino a permitir la realización de transportes nacionales en cualquier Estado miembro de la Unión Europea por parte de residentes en otros Estados miembros, sin necesidad de tener un establecimiento permanente: es lo que se ha llamado "cabotaje". Este régimen, inicialmente sujeto a contingentes progresivos, quedó totalmente liberalizado el 1 de Julio de 1998.

No obstante, algunos países miembros han venido recientemente a interpretar restrictivamente el concepto de cabotaje como un transporte "de carácter temporal", que contiene dicho Reglamento comunitario 3118/93.

Así, Francia por Decreto del Ministerio de Transportes nº 2004-1080, de 11 de Octubre de 2004 ha limitado -a 10 días seguidos o 15 días en un período de dos meses- la práctica del cabotaje en su territorio.

Esta es la segunda vez que tal cosa acontece, pues en 22 de Enero de 2002 el cabotaje ya fue limitado -a una semana-.

Italia, por su parte, también limitó el cabotaje: fue en 29 de Abril de 2004 cuando fijó el plazo máximo de 15 días por mes y cinco días consecutivos. Además de eso, el decreto ministerial que introdujo esta restricción obliga a los transportistas a llevar a bordo del vehículo un cuaderno para apuntar los datos de cada servicio en régimen de cabotaje, que conforme a la Resolución del Director General de 31 de Mayo de 2004, debe ser aceptado por el Ministerio de Transportes italiano.

El Reino Unido y Grecia han adoptado también interpretaciones restrictivas del concepto de cabotaje como "servicio temporal".

Ahora bien, estas reglas o prácticas unilaterales, que contravienen en general la libertad de servicios que conviene a toda Europa, naturalmente adquieren mayor importancia cara a países periféricos como Portugal.

Entre tanto se ha emitido, casuísticamente, la Decisión de la Comisión de considerar no compatibles estas medidas, y su reciente comu-

nicación interpretativa de 12 de Noviembre de 2004, que contiene la siguiente doctrina:

“Los criterios de apreciación de una operación de cabotaje temporal deben responder a la definición fijada por el Tribunal de Justicia: la duración, la frecuencia, la continuidad y la periodicidad en la prestación de los servicios. En todo caso, cada situación concreta deberá ser analizada individualmente en base a tales criterios.

Por consiguiente, la Comisión evaluará los casos concretos bajo tales criterios, con una tolerancia para los límites nacionales de hasta dos meses como máximo.

Además, se considera que la actividad de un transportista extranjero no se ajusta al Reglamento nº 3118/93 si:

- La actividad es permanente, ejercida de manera continuada o regular; o*
- La actividad es efectuada sistemáticamente y no sólo de acuerdo a las circunstancias; o*
- El vehículo del transportista extranjero nunca sale del territorio del Estado de acogida.”*

Ahora bien, esta interpretación está pensada para resolver el problema de los países centrales y complicar aún más la vida a los países periféricos. De hecho, la situación geográfica de estos últimos sólo permite realizar contratos en régimen de cabotaje durante periodos de entre tres y seis meses; por tiempo inferior –por ejemplo, en Alemania- el cabotaje nunca será productivo, y si hablamos de países del Este se convierte en una utopía.

Francia y Alemania son los países preferidos en el cabotaje, con respectivas cuotas de utilización de 31 % y 28 %; les sigue el Reino Unido con cuota del 13 %, mientras que los países periféricos presentan cuotas de utilización que ni siquiera llegan al 1 %.

Resta decir que los Estados miembros no pueden pretender tener iguales ventajas, fruto del acervo comunitario armonizado, y al mismo tiempo, cuando les interesa, atribuirse el derecho a restringir el libre ejercicio de las actividades económicas, en defensa de un peculiar concepto de la concurrencia.

4. Impuestos sobre el uso de infraestructuras

La Directiva nº 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de Junio de 1999 –más conocida como “de la Euroviñeta”- regula la aplicación de impuestos a los vehículos pesados de transporte de mercancías por el uso de ciertas infraestructuras. En efecto, la introducción de peajes y otros derechos de utilización ha venido a generalizarse en varios países europeos, siendo obviamente los países periféricos los que más van a sufrir con esta medida.

Por otro lado, el establecimiento de impuestos por países de tránsito permite una compensación bilateral que no se produce en el caso de países periféricos.

Es decir, los estados vecinos pueden introducir impuestos que se compensarán mutuamente, pero en cambio los países periféricos siempre -y sólo- son pagadores.

Estas imposiciones fiscales irán más allá: permitirán la captación de ingresos que revertirán en una mejora de las propias infraestructuras y, como hace poco decidió políticamente el Consejo de Ministros de Transportes, en la financiación de la mejora de los ejes donde son generados.

Los Estados periféricos nada podrán hacer más que esperar ser tenidos en cuenta en el reparto de los fondos de corrección de las asimetrías al nivel de sus accesibilidades, debiendo por eso disponer de un representante específico ante el Organismo Europeo que atribuye los fondos, para asegurar así la equidad de su distribución.

5. Impedimentos de hecho a la libre circulación de mercancías

Actos de vandalismo que impiden de hecho el acceso a los mercados internos son con frecuencia utilizados para limitar el acceso a la libre prestación de servicios en otros Estados miembros. Los países periféricos son naturalmente más vulnerables a estos inconvenientes.

Son conocidas las vicisitudes que atraviesan las empresas transportistas portuguesas, sea en España, sea en Francia, tantas veces sorprendidas en medio de huelgas de trabajadores de esos países, sufriendo inmovilizaciones forzosas, desvíos de itinerario e incluso daños a los conductores y a sus vehículos.

Todo esto representa un coste considerable, muy difícil de compensar o indemnizar, incluso por las compañías aseguradoras que generalmente excluyen de cobertura los daños causados por riesgos de esta naturaleza.

Es verdad que el Consejo vino a crear un régimen preventivo y de garantía: el Reglamento (CE) nº 2679/98 de 7 de Diciembre de 1998, sobre el funcionamiento del mercado interno en relación a la libre circulación de mercancías entre Estados miembros, el cual reconoce que "obstáculos graves a la libre circulación de mercancías imponen costes económicos significativos a los particulares" comprometiendo a los Estados miembros a hacer todo lo que estuviere a su alcance para mantener la libre circulación de mercancías y para actuar rápidamente ante las acciones que puedan perturbar seriamente esa libre circulación.

Sin embargo, este régimen lo único que hace es reconocer que los países periféricos, más permeables a estos acontecimientos sufren

verdaderos obstáculos a su derecho a la libre circulación y los perjuicios consecuentes, que naturalmente agravan las condiciones de operatividad y competitividad.

6. Efecto perverso de la armonización

La armonización de la reglamentación comunitaria es fundamental para la igualación de las condiciones de competencia. Sucede sin embargo que esa armonización, sin la previsión de las desigualdades regionales, derivadas de la situación geográfica periférica y sus efectos negativos, directos e indirectos, es al contrario generadora de efectos perversos en el ámbito de la sana competencia y en el del desarrollo del sector económico, necesario para el bienestar económico de la cohesión que se pretende alcanzar en Europa.

Normas sobre tiempos de conducción y reposo, sin la previsión de los obstáculos a la movilidad y a la libre circulación causados por la periferia, son ellas mismas generadoras de condiciones de ejercicio de la actividad transportista en condiciones desiguales.

“No puede tratarse de forma igual aquello que es desigual”. La organización de los tiempos de trabajo, considerando las distancias que los conductores portugueses tienen que recorrer para llegar al Centro y al Este de Europa sólo es posible con un aumento significativo de los costes de explotación, lo que desde luego supone un serio y directo obstáculo a la competitividad de las empresas de transporte portuguesas.

7. Falta de reglamentación y de armonización

Mayores flujos de transporte generan más intervención en la reglamentación de sus regímenes y mayor inversión en infraestructuras con especial importancia de la accesibilidad. Los países periféricos, menos recorridos, tienden a descuidar la reglamentación, especialmente la relativa a entrada, tránsito y permanencia de extranjeros, con evidente repercusión negativa en el ámbito de la competencia. Así sucede por ejemplo con los regímenes de control y sanciones por infracciones a las diversas normativas, sean de circulación o laborales.

Igual razonamiento merece lo relativo a falta de armonización, en materias determinantes para el equilibrio de la competencia y que también va aconteciendo con mayor rapidez en los Estados miembros con mayor flujo de actividad transportista. Véase lo que pasa en relación a los mecanismos para regular el equilibrio de la relación entre cargadores y transportistas y la institucionalización de un mecanismo automático para la revisión de precios en caso de aumento anormal de los costes de explotación.

8. Infraestructuras de carretera y accesibilidad

La posición geográfica periférica de Portugal, que lo sitúa muy lejos de la Europa del Centro y del Este, y la carencia de medios alternativos de

acceso a las redes viarias de esos lugares, es un factor de peso negativo en las condiciones operacionales de prestación de servicios y coste financiero de los mismos.

La falta de infraestructuras logísticas y hasta de simples apacamientos adecuados en términos de seguridad para los conductores, los vehículos y las mercancías, es un elemento determinante para la gestión de tiempos de trabajo, y motivador muchas veces de infracciones por superar levemente los tiempos máximos de conducción o no cumplir rigurosamente los tiempos mínimos de descanso.

El Libro Blanco de la Comisión Europea establece una fuerte orientación de equilibrio entre modos de transporte como forma de combatir uno de los males del transporte por carretera que es la congestión viaria, supuestamente también para facilitar la movilidad.

Sin embargo, asistimos hoy a un intenso movimiento europeo de penalización del transporte por carretera para potenciar inversiones en infraestructuras y accesibilidad necesaria al desarrollo de otros modos de transporte, y conseguir así el deseado equilibrio entre ellos.

Como era de esperar, son los países periféricos los más penalizados por esta política, pues pagarán enormes impuestos por pasar al centro de Europa, sin tener garantías de ir a beneficiarse de fondos equivalentes para la mejora de sus infraestructuras y accesos.

De hecho, el Libro Blanco no deja entrever –en los cinco objetivos prioritarios que enumera– ninguno encaminado específicamente a atenuar los efectos negativos provocados por la localización periférica de los Estados. Estos son: reglas de acceso al mercado y de regulación de su funcionamiento (no tanto para refuerzo de requisitos relativos al transporte por carretera como para la apertura del mercado a los demás modos de transporte); integración de los sistemas de transporte para desarrollo del transporte combinado; acciones sobre los precios para equilibrio entre modos de transporte; acciones de refuerzo sobre la reglamentación social y las sanciones; y creación de mecanismos para la regulación de la competencia.

Podrá decirse que el objetivo de comunicar los Estados europeos por infraestructuras de calidad siempre ayudará a los países periféricos a acortar su distancia y a aliviar los efectos negativos de esa ubicación periférica. Pero la verdad es que eso no sucede, y que lo que a fin de cuentas se pretendió fue promover el desarrollo de modos de transporte hasta entonces manifiestamente deficitarios, e incluso adoptar mecanismos de financiación de tales otros modos mediante ingresos detraídos al transporte por carretera.

Todo esto ha venido a agravar seriamente la ya débil situación del sector transportista situado en la periferia de Europa, lejos del alcance en condiciones competitivas de los verdaderos mercados.

Actualmente, acontencida la ampliación al Este, sólo será posible equiparar en términos de igualdad de concurrencia a las empresas de transporte portuguesas con las de los países centrales si consideramos su respectiva localización física. Pues obviamente, en esta Europa, para competir y concurrir con igualdad, resulta un privilegio estar situado geográficamente en el centro.

9. Un reglamento específico de ayuda a la periferia

El Sector del transporte por carretera de mercancías ha sido, en materia de ayudas e incentivos, el “pariente pobre” de la Unión Europea, especialmente en lo que se refiere a los países periféricos.

El debate, recientemente avivado con la presentación por la Comisión de un proyecto de modificación del Reglamento (CE) nº 69/2001 de la Comisión, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas “de minimis”, destaca las dificultades de legislar cuando se trata del sector del transporte.

Sin embargo, ya es hora de que la Comisión entienda, no sólo la dimensión y el carácter irreversible de los efectos negativos, directa o indirectamente derivados de la situación periférica, sino también la injusta –en cuanto no armonizada– aplicación de beneficios transitorios de apoyo al Sector por parte de varios Estados miembros, como ha sucedido con la introducción de regímenes de reembolso del impuesto nacional sobre los carburantes.

Es necesario también que la Comisión no deje de actuar ante la petición de aplicación de medidas de salvaguarda por los sectores más afectados por coyunturas económicas muy adversas, como sucede actualmente con la crisis petrolífera. También aquí la situación periférica de algunas regiones, por las distancias y condiciones naturales de los recursos que las apartan del centro de Europa, como consumidoras de ese bien a gran escala, supone un flagelo para la supervivencia de muchas empresas y la competitividad de todas ellas.

Traducido por F.J. Sánchez-Gambrino

DESARROLLO DEL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO DEL TRANSPORTE EN EL PERIODO POST-SOVIÉTICO DE RUSIA

por

Fedor KORMILITSYN

*Asesor Jurídico de la Asociación del Transporte por Carretera de Rusia (ASMAP).
Miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU
(Moscú)*

Los años 1990 en Rusia, felizmente superado el periodo de la Unión Soviética, supusieron el comienzo de importantes reformas económicas y ello lógicamente necesitó de modificaciones legislativas. Las bases legales tuvieron que construirse prácticamente desde cero.

Y ese proceso por supuesto incluyó el transporte por carretera, si bien sorprendentemente (por cuanto la actividad en sí misma ha cambiado de manera radical) en nuestro modo la legislación –especialmente en lo que respecta al Derecho privado- ha evolucionado menos que en otros, como en el ferrocarril.

El sector del transporte por carretera durante el periodo soviético consistía en unas docenas de grandes empresas de titularidad estatal, especializadas en algunos tipos concretos de transporte. Todas ellas dependían del Ministerio de Transportes.

El transporte internacional por carretera era gestionado por una única empresa en régimen de monopolio: “Sovtransavto”, también de titularidad estatal, con varios miles de vehículos en uso.

Desde aquel tiempo el sistema ha cambiado. La mayoría de las empresas transportistas de propiedad estatal han sido privatizadas, y actualmente tenemos unos 50.000 empresas de transporte por carretera, entre ellas varios miles que se dedican al transporte internacional.

Con todo, como el volumen de trabajo vinculado a los cambios legislativos era muy grande a nivel de todo el país, y el transporte por carretera era –por así decirlo- el “hermano menor”, las decisiones del Gobierno relativas a la actividad del transporte comenzaron por otros modos de transporte.

Debido a ello, como antes dije, muchos aspectos del transporte por carretera –especialmente en Derecho privado- todavía no están regulados mediante leyes modernas, adecuadas al sistema post-soviético de economía de mercado.

Por otra parte, varios documentos importantes han sido adoptados en lo que concierne a los aspectos públicos del transporte por carretera.

Seguidamente trataré de mencionar las principales normas que han supuesto cambios en la legislación rusa del transporte, en sus ámbitos tanto de Derecho público como privado.

1. Derecho público

1.1 Régimen de autorizaciones

En Rusia, la actividad de transporte por carretera necesita una autorización administrativa. Así lo establece la Ley Federal nº 128-FZ de 8 Agosto 2001 "Sobre la autorización a actividades privadas".

El art. 17 de dicha Ley establece que es obligatorio obtener una autorización para poder ejercer la actividad de transporte de viajeros o de mercancías mediante vehículos de más de 3'5 toneladas. Se exime de dicha autorización el transporte por cuenta propia, es decir, el que una empresa –persona física o jurídica- realiza para satisfacer sus propias necesidades.

Curiosamente, en la lista de actividades para las que es necesaria tal autorización se omitió la de mediador de transporte o transitario, que por tanto es de libre acceso.

Como objetivos de esta sujeción del transporte por carretera a autorización, se establecen los siguientes: regulación de la actividad por el Estado, funcionamiento normal del mercado de transporte, control de la calidad del servicio, cumplimiento de las previsiones de la normativa sobre libre competencia, seguridad del transporte y protección al medio ambiente.

La Ley así define los principios básicos del régimen de autorizaciones, mientras que los detalles del procedimiento vienen regulados por disposiciones del Gobierno.

Los dos Decretos más importantes se refieren al otorgamiento de autorizaciones y al acceso al mercado del transporte internacional por carretera.

El primero de ellos es el Decreto nº 402 de 10 Junio 2002, que describe el procedimiento para obtener la autorización para realizar la actividad de transporte. Conforme al mismo, el Organismo estatal que debe emitir la autorización es la Inspección Rusa del Transporte, un Servicio perteneciente al Ministerio de Transportes, que fue reformado el año pasado –2004- y ahora se llama Servicio Federal de Supervisión del Transporte.

Además, dicho Decreto nº 402 enumera los documentos que deben acompañar a la solicitud, así como los modelos oficiales a utilizar y plazos.

La principal novedad de este Decreto se refiere al acceso de las empresas al transporte internacional por carretera.

Según la normativa anterior, podían solicitarse dos clases de autorización: la llamada “autorización general”, que otorgaba el derecho a efectuar transporte por carretera dentro de la Federación Rusa, y la llamada “autorización general internacional”, que permitía realizar transporte tanto nacional como internacional.

Dicho Decreto nº 402 no contiene la categoría de “autorización general internacional”, sino que al amparo del mismo sólo es posible obtener la llamada “autorización general”, por tanto, únicamente para transporte nacional.

Entonces, teniendo dicha autorización para transporte nacional es posible pedir la que se necesita para hacer transporte internacional: esta es la que se conoce como “permiso de acceso”.

El procedimiento para obtener ese “permiso de acceso” requerido para transporte internacional viene regulado en el otro importante decreto que anunciaba: el Decreto nº 730 de 16 Octubre 2001.

El cual exige algunos requisitos adicionales para que una empresa sea admitida al mercado del transporte internacional. Entre tales condiciones se requiere contar con personal cualificado que se responsabilice de las operaciones de transporte internacional, y una sólida capacidad financiera de la empresa. Esto último se concreta en la exigencia de un capital mínimo de 50.000 rublos (unos 1400 euros) por cada vehículo en uso o al menos 2.500 rublos (unos 70 euros) por cada tonelada de peso máximo autorizada de tales vehículos.

Esas cantidades parecen demasiado bajas comparadas con los niveles exigidos en otros países europeos, y deberán ser revisadas en el futuro.

En cualquier caso, el procedimiento de acceso al mercado del transporte internacional al menos procura una cierta garantía de calidad de los servicios ofrecidos por los transportistas rusos.

1.2. Normativa gubernamental del transporte internacional por carretera

La norma más importante adoptada en la Rusia post-soviética en el ámbito del transporte internacional por carretera es la Ley Federal nº 127-FZ de 24 Julio 1998 “Del control estatal sobre el transporte internacional por carretera”.

Esta ley federal regula el transporte internacional de mercancías y define el procedimiento de control sobre los servicios de transporte por carretera efectuados en el territorio de la Federación Rusa –cuando forman parte de un transporte internacional- con vehículos pertenecientes a transportistas tanto rusos como extranjeros. También delimita las funciones y responsabilidades de los Organismos estatales llamados a realizar tales tareas de control.

Uno de los aspectos más destacados de esta ley es que introduce terminología y definiciones en el ámbito del transporte internacional por

carretera. Antes, el ordenamiento jurídico ruso carecía de esa terminología, por lo que a veces resultaba difícil construir ciertas expresiones.

Algunas de las definiciones son bastante peculiares, y ello en ocasiones produce malentendidos con nuestros colegas extranjeros. Por ello voy a referirme a algunas de las más controvertidas.

Por ejemplo, conforme a dicha Ley Federal nº 127-FZ de 1998, transporte internacional de mercancías por carretera significa el realizado entre Rusia y un país extranjero, pero asimismo el efectuado en tránsito a través del territorio ruso. Además de ello, también es transporte el movimiento de un vehículo en vacío, perteneciente a un transportista bien sea ruso bien sea extranjero, desde o hasta Rusia e igualmente el tránsito de dicho vehículo en vacío por el territorio ruso.

Considerando el hecho de que, conforme a esta ley y a los Convenios internacionales sobre transporte internacional por carretera firmados por el Gobierno ruso con los gobiernos de otros países, un servicio de transporte puede ser efectuado al amparo del antes referido "permiso", ese permiso será necesario siempre, tanto si el transportista lleva mercancías como si viaja de vacío. Este sistema no es único para Rusia, pues otros países también lo tienen así establecido, pero en mi opinión no resulta muy razonable.

La otra definición conflictiva usada por la Ley Federal nº 127 de 1998 se refiere a los así llamados "permisos especiales". El problema surge cada vez que un nuevo proyecto de convenio intergubernamental sobre transporte internacional se negocia con nuestros colegas de otro país.

Generalmente, ellos consideran que "permiso especial" es sólo el emitido adicionalmente en caso de transporte de mercancías peligrosas o de grandes peso o dimensiones. Sin embargo, conforme a nuestra referida ley, esta expresión se aplica, no solo a dicha clase de títulos, sino también al que autoriza al transportista de un país a viajar hasta o desde un país tercero.

Como regla general, los transportes internacionales son ejecutados, en el territorio de la Federación Rusa, en virtud de los "permisos" rusos o bien de autorizaciones multilaterales (CEMT). Esas son las condiciones que establecen la mayoría de los actuales 47 acuerdos intergubernamentales firmados por Rusia.

Los acuerdos también siempre enumeran las exclusiones a esa exigencia. Generalmente, pueden ser transportadas sin tales permisos las siguientes clases de mercancías: material para exposiciones y ferias comerciales; vehículos, animales y material para competiciones deportivas; decorados para teatro; instrumentos de música y accesorios para el rodaje de películas o de espectáculos para TV o radio; y material de ayuda humanitaria, transportado con vehículos de carga máxima hasta 3'5 toneladas o con un peso máximo autorizado de hasta 6 toneladas.

Las listas de tales supuestos exentos de permiso pueden variar de un caso a otro, pero generalmente comprenden los recién citados.

Como antes mencioné, las mercancías de grandes peso o dimensiones pueden ser transportadas al amparo de permisos especiales, que son emitidos de acuerdo al procedimiento establecido por el Organismo estatal específicamente competente para ello. Dichos permisos especiales pueden imponer un itinerario concreto a recorrer por el transportista. Si el peso máximo autorizado o el peso máximo por eje, o las dimensiones totales del vehículo, son ultrapasados, el vehículo infractor puede ser inmovilizado hasta que su titular subsane la anomalía u obtenga un permiso especial adecuado.

Las mercancías peligrosas también son transportadas por carretera en virtud de permisos especiales, emitidos conforme a las normas dictadas por el Ministerio de Transportes ruso. Estos permisos también pueden imponer un itinerario concreto a seguir.

Dado que la Federación Rusa es miembro del Acuerdo internacional ADR, sus normas son de obligatorio cumplimiento cuando se transportan mercancías peligrosas por el territorio ruso.

Además del Acuerdo ADR, hay normas nacionales sobre el transporte de tales mercancías peligrosas. Concretamente, establecidas por Orden del Ministerio de Transportes n° 73 de 8 Agosto 1995, cuyas disposiciones igualmente tienen que ser cumplidas. Estas reglas añaden algunos detalles al uso práctico de las normas del ADR. Desgraciadamente, esto no siempre se hace correctamente, y en algunos aspectos dichas reglas son contrarias al ADR y más severas para el transportista.

En tal situación, y en tanto la Orden ministerial no sea modificada para adaptarse plenamente al ADR, en caso de imposición de sanciones se hace necesario acudir a los Tribunales de Justicia argumentando que, conforme a la Constitución de la Federación Rusa, ninguna norma jurídica interna puede contradecir las previsiones de un Convenio o acuerdo internacional de que nuestro país forme parte.

La ya mencionada Ley Federal n° 127 de 1998 contiene asimismo una previsión tajante relativa al transporte en régimen de cabotaje. Según su art. 7 queda prohibido el transporte con vehículos de titularidad de transportistas extranjeros dentro del territorio de Rusia.

Otra cuestión importante: los conductores que efectúen transporte internacional por carretera deben cumplir las disposiciones sobre tiempos máximos de conducción contenidas en el Acuerdo internacional AETR, del que Rusia es miembro. Es obligatorio instalar tacógrafos en los vehículos de transporte internacional. A este respecto se produjo una omisión, puesto que en un primer momento se permitía viajar sin tacógrafo a los vehículos con origen o destino a países que no forman parte de dicho Acuerdo; excepción que ha quedado suprimida en 1 Enero 2005.

Los transportistas de servicio internacional deben tener matriculados los camiones en su propio país. Por ejemplo, un transportista español que efectúa transporte en Rusia debe tener su vehículo matriculado en España. Si un transportista ruso utilizase un camión matriculado en España, eso supondría una infracción.

Para los remolques y semirremolques la legislación es más permisiva: pueden llevar matrícula de país distinto al de residencia del transportista. Por ejemplo, un transportista español (con tractor matriculado en España) podría usar remolques o semirremolques matriculados en España o en Francia, etc. O por ejemplo, un transportista ruso (con tractor matriculado en Rusia) podría usar remolques o semirremolques matriculados en Rusia o en España.

Todas las previsiones que he venido describiendo rigen salvo que haya algo en contrario en algún Acuerdo internacional. Aunque ello no suele ocurrir: de hecho, la Ley Federal nº 127 de 1998 fue promulgada posteriormente a la mayor parte de los vigentes acuerdos sobre transporte internacional por carretera suscritos por Rusia, con lo cual se encuentra más o menos en línea con los mismos.

Es interesante mencionar que varios de estos acuerdos han sido firmados con los nuevos estados independientes, surgidos de la desmembración de la Unión Soviética. A muchos de esos países se han dado facilidades; por ejemplo, el transporte bilateral entre Rusia y Belarús o Ucrania puede ser realizado sin necesidad de "permisos". Para estos países bastan los antes referidos "permisos especiales".

Para completar este breve panorama de los acuerdos establecidos por la Federación Rusa sobre transporte internacional por carretera, quisiera añadir que el sistema de tales acuerdos comenzó a formarse en los años 1960, cuando el transporte internacional por carretera empezaba a desarrollarse rápidamente a escala mundial. Al momento actual, Rusia, como sucesora de la Unión Soviética tiene firmados -como antes dije- 47 acuerdos internacionales sobre transporte internacional por carretera, en su mayoría a nivel intergubernamental. Casi la mitad de dichos acuerdos datan del periodo soviético, pero la política de nuestro Ministerio de Transportes es de irlos sustituyendo por otros nuevos, firmados por el "Gobierno ruso", no por el "Gobierno soviético".

Ese el motivo para la rápida revisión del acuerdo sobre transporte internacional entre los Gobiernos de España y Rusia.

El primer acuerdo fue suscrito entre el Gobierno de la España monárquica y el Gobierno de la Unión Soviética en 20 Mayo 1986, y entró

1 Boletín Oficial del Estado de 25 Agosto 1989 (N. del T.)

en vigor en 18 Mayo 1989¹. Poco tiempo después, la Unión Soviética se derrumbó. Como sucesora, Rusia permaneció siendo parte de dicho acuerdo, pero ambos países decidieron negociar un nuevo acuerdo en la segunda mitad de los años 1990.

El nuevo acuerdo entre los Gobiernos de España y Rusia fue firmado en 22 Mayo 2001 y entró en vigor en 20 Marzo 2002².

Otros acuerdos que siguen el “espíritu” de los 90 son los recientemente firmados con los nuevos estados surgidos en Europa, tras la división de otros países, como las antiguas Yugoslavia y Checoslovaquia.

1.3. Sanciones administrativas

En Diciembre de 2001 se promulgó el nuevo Código Administrativo de Rusia, que incluye una relación sistematizada de todas las sanciones administrativas establecidas en nuestro país.

Antes de la publicación de esa Ley, las referencias a sanciones se encontraban dispersas en numerosas leyes sectoriales. Por ejemplo, las sanciones por infracciones a la normativa aduanera estaban determinadas en el Código de Aduanas, las sanciones en materia de transportes aparecían en diversas normas, etc.

La publicación del Código Administrativo ha simplificado el trabajo tanto para las Autoridades encargadas de imponer las sanciones como para las personas físicas o jurídicas deseosas de defender sus derechos.

Otra de las principales novedades de este Código es que proclama la presunción de inocencia. Eso significa que la culpa del imputado tiene que ser probada, para poder ser hecho responsable. Este principio siempre existió en Rusia en el ámbito del Derecho Penal, pero nunca antes se había establecido en el régimen sancionador administrativo.

Volviendo al Derecho del transporte por carretera, hay una sección de este Código Administrativo dedicada a las infracciones en materia de transporte, con varios de sus artículos que afectan directamente al transporte internacional.

En el cuadro que sigue constan los artículos del Código, los tipos o conductas infractoras que prevén, la persona que será sancionada, y el importe de la multa (esto último, traducido a euros, conforme al cambio oficial del rublo a principios de Abril 2005).

2 Boletín Oficial del Estado de 7 Junio 2002 (N. del T.)

| Artículo del Código Admivo. | Infracción | Persona sancionada | Importe de la multa, en euros |
|-----------------------------|---|---|-------------------------------|
| Art. 11.23, apdo. 1 | Falta de tacógrafo, o tacógrafo desconectado, o falta de discos diagrama | Conductor | hasta 70 |
| Art. 11.23, apdo. 2 | Incumplimiento de horarios de conducción | Conductor | 14-28 |
| Art. 11.25, apdo. 1 | En mercancías de gran peso, exceso de peso o de peso por eje sin exceder del 15% máximo permitido, careciendo de permiso especial, o incumplir el posible itinerario impuesto | Conductor | 14-28 |
| Art. 11.25, apdo. 2 | La misma infracción, si el exceso de peso supera en 15% el máximo permitido | Conductor | 28-42 |
| Art. 11.26, apdo. 1 | Cabotaje (uso de vehículos pertenecientes a transportistas extranjeros, en transporte nacional dentro de Rusia) | Conductor, remitente, destinatario o/y comisionista (aquél o aquéllos cuya culpabilidad quede demostrada) | 28-42 56-84 |
| Art. 11.26, apdo. 2 | Transporte hecho por vehículo extranjero desde o hasta un país tercero sin permiso especial para ese transporte | Conductor | 42-56 |
| Art. 11.27 | Conducir un vehículo extranjero sin signos de identificación del país de matriculación | Conductor | 5,5 –14 |
| Art. 11.28 | Transporte de mercancías de excesivas dimensiones o peligrosas sin permiso especial, o incumplir el posible itinerario impuesto | Conductor | 28-42 |
| Art. 11.29 | Efectuar transporte internacional por carretera careciendo de permiso | Conductor | 28-42 |

Estas son las principales infracciones y sus sanciones relativas al transporte internacional por carretera. El lector puede haberse quedado asombrado por el importe de las sanciones, bajísimo si se compara con el previsto en otros países de Europa Central u Occidental. Pero incluso los funcionarios rusos son conscientes de que imponer a un transportista extranjero sólo 40 euros por hacer transporte nacional en nuestro país difícilmente le disuadirá de volver a intentarlo.

Creo que las cuantías de las sanciones administrativas serán revisadas en un futuro próximo, y su incremento será drástico. Ya hay un borrador de ley al respecto.

1.4. Normativa aduanera

Al hablar de los cambios en el Derecho Público de Rusia relativo al transporte, no se puede evitar mencionar nuestro nuevo Código de Aduanas, al que más arriba hicimos referencia.

El “viejo” Código de Aduanas ruso en realidad había sido promulgado hace muy poco: en 1993, pero su puesta en práctica reveló que sus conceptos estaban obsoletos ya en el momento mismo de su publicación, y muchos aspectos de las actividades aduaneras vinculados al desarrollo de la economía de mercado no estaban contemplados en el texto legal. Esta situación obligó a las Autoridades aduaneras a dictar cientos de órdenes, resoluciones y circulares para intentar llenar tantos vacíos. El volumen de tantas normas jurídicas se hizo enorme, de modo que a finales de los 1990 se hacía muy difícil aplicar correctamente la adecuada a cada caso, y era evidente la necesidad de un nuevo Código unitario.

El nuevo Código de Aduanas de la Federación Rusa fue adoptado en Agosto de 2003 y entró en vigor en 1 Enero 2004.

Sus conceptos han sido muy influidos por la Convención de Kyoto sobre simplificación de procedimientos aduaneros, y quedando limitado el número de materias que pueden ser reguladas en normas distintas al propio Código.

Los transportistas de servicio internacional reconocen que el nuevo Código de Aduanas ha supuesto un importante paso de progreso, y facilita en gran medida la relación con las Autoridades aduaneras.

2. Derecho privado

La principal novedad en el panorama de nuestro Derecho Privado, durante la época post-soviética, ha sido el nuevo Código Civil, publicado en 1995. Junto a las normas generales reguladoras de las relaciones mercantiles, el Código se ocupa también de materias concretas, como el transporte. Dentro del ámbito del transporte, contiene las normas básicas aplicables al contrato de transporte, definiendo los derechos y obligaciones de cada parte contratante, e incluso establece reglas sobre las actividades de comisionista de transportes (transitario), seguros, etc.

El Código Civil se ocupa sólo del transporte nacional. Pues el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera –y, por tanto, las relaciones entre remitentes, transportistas y destinatarios en este ámbito- está regida, como es sabido, por la Convención aprobada en Ginebra el 19 Mayo 1956, más conocida por sus siglas “CMR”, al que la Unión Soviética se adhirió en 1983, y en cuya posición de miembro Rusia le ha sucedido.

No obstante, aquellos aspectos de las relaciones de transporte internacional que caen fuera de la normativa contenida en los diversos acuerdos internacionales, pueden seguir dependiendo del Derecho civil nacional ruso.

Por ejemplo, el ámbito de la Convención CMR se limita a los servicios de transporte en que el lugar de carga y el lugar de descarga están situados en dos países diferentes. También es territorio ruso el enclave de

Kaliningrado, separado físicamente del resto de nuestro territorio y rodeado de países extranjeros (Polonia y Lituania). Eso significa que para transportar mercancías por carretera desde Kaliningrado hasta el territorio principal de Rusia –por ejemplo, hasta Moscú- inevitablemente hay que atravesar fronteras de otros países (Lituania y Belarús o Letonia), y ello convierte el transporte en internacional.

Sin embargo, tal transporte no se regiría por la Convención CMR, ya que el lugar de carga y el lugar de descarga se encuentran situados en el mismo país. En este caso, a falta de una cláusula en el contrato de transporte relativa a la legislación aplicable, se aplicaría la normativa nacional rusa.

Así pues, el Código Civil Ruso, que en general se aplica al transporte nacional, en casos excepcionales se puede aplicar también a algunos supuestos de transporte internacional por carretera.

El art. 785 del Código Civil Ruso –en lo sucesivo, sólo “CCR”, para abreviar- establece que, conforme al contrato de transporte el transportista se obliga a trasladar la mercancía recibida por él del remitente hasta el punto de destino y a entregarla a la persona autorizada para recibirla (destinatario), y el remitente se obliga a pagar al transportista el precio de transporte estipulado. El establecimiento de un contrato de transporte de mercancías es constatado con la redacción y emisión por el remitente de una carta de porte, que no es un documento legalmente exigible para la validez jurídica del contrato (“ad constitutionem”), sino que sirve como medio de prueba (“ad probationem”).

Por su parte, en el contrato de transporte de personas -dice el art. 786 del CCR-, el transportista se obliga a trasladar al viajero y su eventual equipaje al punto de destino, y a entregar dicho equipaje a la persona autorizada para recibirlo, y el viajero se obliga a pagar al transportista el precio de transporte estipulado

En el caso de transportes combinados, la relación entre los transportistas de los diversos modos de transporte se determinaría únicamente por los contratos establecidos entre ellos, ya que la Ley sobre transporte combinado, que está en proyecto, aún no ha sido promulgada.

Conforme al CCR, la responsabilidad del transportista comprende los aspectos siguientes:

- suministrar a tiempo el vehículo, para viajeros o para mercancías;
- llegada del viajero y su equipaje, o de la mercancía, al punto de destino dentro de los términos previstos en el contrato, o a falta de los mismos, en condiciones “razonables”.

Las operaciones de carga y de descarga de la mercancía son efectuadas, bien por el transportista, bien por el usuario (remitente o destinatario), según lo que establezca el contrato de transporte. Como regla, la carga de mercancías de especiales peso o dimensiones, peligrosas o sin embalar es efectuada por el remitente (y su inversa por el destinatario) y

queda fuera de la responsabilidad del transportista. Estas funciones pueden ser transferidas al transportista, pero se requiere la aceptación de éste, a cambio de un suplemento de portes.

El transportista es responsable por pérdida o daños a la mercancía o al equipaje, que se hayan producido desde el momento en que recibió, en origen, tales mercancía o equipaje hasta el momento en que él los entregó, en destino, al destinatario o persona autorizada para recibirlos. Y esta responsabilidad del transportista se establece, salvo que él sea capaz de probar que esa pérdida o esos daños se debieron a circunstancias que él mismo no pudo prever ni evitar.

Este sistema es el que se llama de presunción de culpa del transportista, y es igual que el seguido –para transporte internacional- por la Convención CMR.

El montante de indemnización a pagar por el transportista, si en efecto es responsable, se concreta de la siguiente manera:

- en caso de pérdida total o parcial de la mercancía o del equipaje, el coste de lo perdido o deteriorado;
- en caso de daños a la mercancía o al equipaje, el coste del valor disminuido como consecuencia de tales eventos, y en caso de que tales mercancías o equipaje no puedan ser reparados, su coste íntegro;
- en caso de pérdida de mercancía o equipaje con valor declarado, el propio montante declarado.

El coste de la mercancía o equipaje perdidos o dañados se valora conforme a la factura de compraventa o al precio fijado en el propio contrato de compraventa; en ausencia de tales documentos, conforme al precio corriente de mercado de esos o “similares objetos”, y a falta de esos “similares objetos”, según el dictamen de un perito.

No hay previsto un límite máximo de responsabilidad –o de deuda indemnizatoria- del transportista, de la manera que prevé el art. 23,3 de la Convención CMR.

Junto al pago de esa indemnización, el transportista deberá devolver al remitente o al destinatario el importe del precio del transporte si es que ya lo cobró, y si no está ya incluido en el precio de la mercancía o equipaje perdidos o estropeados.

El transportista también es responsable por no presentar para el transporte un vehículo en las condiciones en que se contrató, y el remitente por dejar de tener preparada la mercancía que ha de ser transportada o, por alguna otra razón no usar el vehículo presentado.

El transportista y el remitente quedan exonerados de esa responsabilidad si la causa de no cumplir las referidas obligaciones es un supuesto de fuerza mayor o imposibilidad de efectuar el transporte en la manera

prevista, incluyendo por decisión de las autoridades competentes (por ejemplo debido a las duras condiciones climáticas de Rusia el movimiento de algunas clases de vehículos en ciertas épocas y carreteras puede quedar temporalmente restringido).

El art. 797 del CCR establece que, antes de presentar ante los Tribunales de Justicia demanda contra un transportista, derivada de un contrato de transporte, el interesado tiene que dirigir contra éste una reclamación amistosa. Entonces, si esa reclamación extrajudicial es rechazada o la respuesta a ella no es recibida en el plazo de 30 días, el caso puede ser visto por el órgano jurisdiccional competente.

El plazo de prescripción para llevar una reclamación ante los Tribunales es siempre de un año, independientemente de cuál haya sido el modo de transporte utilizado (carretera, ferrocarril, mar, aire). Si bien el momento en el que ese plazo empieza a contar (“dies a quo”) varía según el modo de transporte.

Al respecto, es importante señalar que las reglas del CCR a que acabo de referirme se aplican a todos los modos de transporte. El Código prevé también que para cada modo de transporte se promulgará una ley separada. Las cuales no podrán contradecir el CCR, pero sí especificar los detalles adecuados al modo en cuestión.

Y en efecto, desde entonces, cada modo de transporte ha visto publicada su propia Ley sectorial... excepto el transporte por carretera.

El borrador del llamado “Estatuto del transporte por carretera de la Federación Rusa” fue adoptado en 1997, pero por diversas razones aún no ha sido aprobado.

Eso significa que, en Rusia, el transporte por carretera –el más adaptado al mercado y el más rápidamente desarrollado- sigue sin una normativa de Derecho privado propia.

Teniendo, por tanto, de momento, que seguir rigiéndose por la Ley del Transporte aprobada en 1969, en plena Era Soviética, cuando el sector del transporte por carretera estaba totalmente centralizado. Estas circunstancias, tan distintas a las actuales, hacen que de hecho las normas de esta Ley no puedan ser correctamente aplicadas, y por tanto tampoco vale la pena comentarlas en este lugar.

En otras palabras, en el ámbito del Derecho privado, el Sector del transporte por carretera en Rusia carece de su ley más importante.

Sí en cambio han tenido más suerte los comisionistas de transporte o transitarios, que cuentan con la Ley Federal nº 87-FZ de Junio 2003. Esta Ley regula los derechos y obligaciones, y responsabilidad, de los transitarios respecto a sus clientes, y especificaciones sobre manera de presentar reclamaciones contra ellos derivadas de los contratos que establezcan.

Como hemos podido ver en este rápido panorama, en el Sector del transporte por carretera el Derecho público ha visto cambios radicales en la actual época de economía de mercado que comenzó en 1991, al contrario que el Derecho privado, aún casi totalmente aferrado a la Era soviética.

Esperemos que en la presente década se modernice en efecto, para adaptarse a las necesidades de nuestro actual sistema económico.

Traducido por F. J. Sánchez-Gambrino

B) TRANSPORTE INTERNACIONAL (CMR)

LA CMR Y SUS “APÓSTOLES”

por

Dr. Roland LOEWE

Profesor honorario de la Universidad Ministerio de Justicia

Miembro del Grupo Redactor de la Convención CMR

(Viena)

Cuando en el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, Roma) estábamos elaborando los primeros proyectos de lo que después sería la Convención CMR, reguladora del contrato de transporte internacional de mercancías por carretera; cuando más tarde, en la sede de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE/ONU, Ginebra) la CMR estaba siendo negociada, hasta que finalmente se aprobó en 1956; cuando a invitación de dicha CEPE/ONU fui propuesto para redactar la Nota explicativa a dicha Convención, en todas tales ocasiones observé que todos quienes habíamos contribuido a su nacimiento teníamos dos anhelos: primero, haber conseguido un equilibrio viable entre los intereses de las diversas partes del contrato de transporte, y segundo, encontrar en el futuro juristas europeos capaces de concretar y desarrollar las ideas básicas de la Convención.

El primer deseo se hizo realidad por el continuo aumento, a lo largo de casi medio siglo, de su ámbito de aplicación territorial y del número de casos de aplicación, aunque también por el fenómeno de que la CMR ha servido y sirve todavía como modelo para codificaciones internacionales, incluso de otros continentes.

La segunda aspiración se ha visto cumplida por la aparición, en numerosos países europeos, de eminentes juristas que estudian y aplican la CMR, la comentan y, enseñándola, difunden su conocimiento.

En España, este papel ha sido desarrollado, en primer lugar, por el Abogado D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino. Cuya desaparición, por tanto, supone una gran pérdida, desde luego personal, pero también para la idea de una aproximación moderna, eficaz y equitativa a las reglas CMR de las legislaciones de sus países miembros.

Sánchez Gamborino defendió esta idea en muchas ocasiones, entre ellas en el marco de una colaboración con el referido UNIDROIT, y –como inspirador– en el libro “El Contrato de Transporte Internacional CMR” (Editorial Tecnos. Madrid, 1996), escrito por su hijo y discípulo Francisco José, primera monografía española dedicada a la Convención CMR y única por ahora dedicada al conjunto de su contenido, que supone tanto una guía segura para el práctico como un gran placer intelectual para el especialista.

También sé que ambos Juristas padre e hijo, han participado de cerca en los trabajos para organización de la Base de datos de UNIDROIT sobre la Jurisprudencia dictada en materia de dicha Convención.

Por todo ello, me permito expresar mi profunda condolencia personal a su familia, pero también mi lamento a todos aquellos para quienes la CMR forma parte de su vida profesional e incluso afectiva, al haber perdido, con D. Francisco Miguel, a uno de sus más fieles “apóstoles”.

Traducido por F. J. Sánchez-Gamborino

EL CONCEPTO DE TRANSPORTISTA SEGUN LA CONVENCION CMR Y LA JURISPRUDENCIA

por

Waldemar CZAPSKI

*Encargado de Asuntos Jurídicos
en la Unión Internacional de los
Transportes por Carretera (IRU)
(Ginebra)*

1. Definición

En su Nota explicativa sobre la CMR¹, el Profesor Loewe recuerda que:

"el contrato de transporte es un contrato por el cual una persona se obliga a transportar una mercancía de un lugar a otro"²

La persona que asume tal obligación es, por tanto, transportista.

Por contra, no es contrato de transporte:

"un contrato por el cual una persona se obliga a hacer transportar una mercancía de un lugar a otro"³

La persona que se limita a asumir tal obligación no es transportista.

Si la Convención CMR, cumpliéndose las demás condiciones que la misma enumera, se aplica al primer contrato, en cambio no se aplica en modo alguno al segundo.

Tampoco se aplica a las relaciones entre las partes del contrato de compraventa, cuando prevén por ejemplo la aplicación de la cláusula CPT⁴ – INCOTERMS 2000 (Publicación CCI n° 560) que indica que:

1 Note explicative sur la Convention relative au Contrat de transport international de Marchandises par Route (CMR) du 19 mai 1956, Nations Unies, Genève 1975, p. 7.

2 Esta definición corresponde a las que aparecen en varias legislaciones nacionales (cf. § 407 del Código de Comercio alemán, art. 440 del Código de las Obligaciones suizo, art. 1779 del Código Civil francés, art. 1779 del Código Civil belga, art. 1678 del Código Civil italiano, art. 20 del Nuevo Código Civil holandés, Libro 8, art. 774 del Código Civil polaco, art. 785 del Código Civil ruso).

3 Loewe, op. cit. Cf. también § 453 del Código de Comercio alemán, art. 439 del Código de las obligaciones suizo, art. 96 del Código de Comercio francés, art. 1737 del Código Civil italiano, art. 60 del Nuevo Código Civil holandés, Libro 8, art. 794 del Código Civil polaco, art. 801 del Código Civil ruso.

4 (Porte pagado hasta... lugar de destino convenido).

El vendedor:

- "...debe establecer en condiciones usuales y a su propias expensas un contrato para el transporte de la mercancía, siguiendo el itinerario habitual y demás costumbres hasta el sitio convenido en el lugar de destino acordado"

- "...está obligado a suministrar al comprador... el documento de transporte habitual (por ejemplo, un conocimiento negociable, una póliza de transporte marítimo no negociable, un conocimiento de embarque aéreo, una carta de porte ferroviaria, una carta de porte de carretera, un conocimiento de transporte fluvial o un documento de transporte multimodal)".

El vendedor que haya asumido sólo deberes resultantes de esa cláusula desde luego no se ha convertido en un transportista.

El contrato de compraventa y el contrato de transporte son, en efecto, acuerdos jurídicamente independientes y establecidos entre partes distintas⁵. De ello sigue que al transportista no se puede oponer -por el remitente y a la vez vendedor de la mercancía- cláusulas del contrato de compraventa, al cual el transportista es ajeno, lo mismo que tampoco podría prevalerse de tales cláusulas para por ejemplo dejar de cumplir sus obligaciones⁶.

La Convención CMR tampoco se aplica a la comisión de transporte.

Sin embargo, una neta distinción entre el contrato de transporte y el contrato de comisión de transporte no siempre es fácil en la práctica

En efecto, gran número de empresas ejercen, bajo la misma denominación, actividades tanto de transporte como de comisión de transporte. Por otra parte, utilizan en los membretes de sus cartas, en su correspondencia y en sus condiciones generales de negocio, indistintamente, los términos "transportista" (España), "carrier" (Gran Bretaña), "Frachtführer" (Alemania), "commissionnaire de transport" (Francia) "commissionnaire – expéditeur" (Bélgica, Suiza)⁷, "forwarder", "forwarding agent", "freight forwarder" (Gran Bretaña), "Spediteur" (Alemania, Suiza), sin preocuparse de si la palabra utilizada es adecuada al caso concreto.

5 Tribunal Supremo (« Cour de Cassation ») francés, Sentencia de 7 Abril 2004, Bulletin des transports et de la logistique, n° 3039/2004, p. 428. El Tribunal de Apelación de París en su Sentencia de 6 Octubre 1999 recuerda que «las modalidades del contrato de compraventa y las del crédito documentario... son ajenas al contrato de transporte», Bulletin des transports et de la logistique, N° 2820/1999, p. 761.

6 El Tribunal de Apelación de París en su Sentencia de 6 Diciembre 2002 ha destacado que « el transportista no puede prevalerse de cláusulas de la compraventa que les son ajenas ; el contrato de compraventa no puede ni beneficiarle ni perjudicarlo; sólo el contrato de transporte rige sus relaciones con el remitente, Bulletin des transports et de la logistique, N° 2976/2003, p. 140.

7 Vistas las diferencias terminológicas en Francia, Bélgica y Suiza, utilizaremos para mayor claridad, la palabra « comisionista », que equivaldrá a comisionista de transportes en Francia y a comisionista-expedidor en Bélgica y Suiza.

Además, cuando ellos subcontratan el servicio acordado con el remitente de la mercancía y cuando esos subcontratistas a su vez subcontratan las prestaciones, se emite una cascada de cartas de porte, algunas de las cuales pueden llevar la denominación "Fiata Bill of Lading" (FBL) o "Waybill"⁸.

El remitente puede entonces no saber en qué calidad verdaderamente actúa la otra parte con quien contrata, y no llegar a saberlo más que tras la llegada de la mercancía a su lugar de destino⁹.

Los contratos imprecisos y las situaciones confusas en la práctica obligan con frecuencia a los jueces a investigar la naturaleza del contrato para finalmente decidir quién es el transportista o quién es el comisionista de transporte. En esa búsqueda, se ven muchas veces enfrentados a diferentes indicios, a menudo contradictorios. Examinemos las soluciones adoptadas por la jurisprudencia de algunos países para descubrir los indicios que han prevalecido en el criterio de Sus Señorías.

2. Jurisprudencia

A) Reino Unido

El profesor Malcolm Clarke define así la situación en su país:

"Los Tribunales ingleses dan poca importancia a la descripción de sí mismas que usan las partes, con palabras tales como «transitario («forwarding agent»), «principal», «agente» («agent»), «agente de tránsito» («forwarding agent»), igual que al nombre escrito en la carta de porte como correspondiente al transportista... Lo que cuenta, generalmente, es la sustancia de las obligaciones asumidas"¹⁰.

En base a la jurisprudencia inglesa, icontinua diciendo:

"La carta de porte CMR, incluida la manera en que en ella las partes se describen a sí mismas y las obligaciones que asumen, pese a constituir una prueba relevante no es "en modo alguno conclusiva", pero una referencia expresa a la Convención CMR, que como hemos dicho se aplica a los contratos de transporte, eso sí que es una importante, e incluso decisiva, señal de que estamos ante un contrato de transporte"¹¹.

8 En un litigio de transporte por carretera entre Suiza e Irán, traído a nuestro conocimiento en consulta, se emitieron: un documento «FBL», dos cartas de porte nacionales y dos cartas de porte CMR.

9 Lamy Transport, tomo 1, nº 9, 2004.

10 «International Carriage of Goods by Road: CMR». London 1997, p. 26-27.

11 Ibidem, p. 27.

Teniendo en cuenta la verdadera voluntad de las partes contratantes, la Queen's Bench Division (Tribunal de Comercio), en su Sentencia de 7 Mayo 1975 fijó la doctrina siguiente:

"La persona que establece un contrato con el propietario de las mercancías para el transporte por carretera de las mismas, y que efectúa por sí misma sólo una parte de dicho servicio, subcontratando o delegando las fracciones sucesivas a otro u otros transportistas, debe ser considerado, en el sentido de la Convención CMR y en la medida en que ésta sea aplicable por virtud de su artículo 1, párrafo primero, como primer transportista, independientemente de que materialmente tome posesión o no de las mercancías, y no es un simple corredor («broker») o agente que establezca contratos entre el dueño de las mercancías y aquél que ejecute las obligaciones nacidas del contrato de transporte"¹².

El mismo Tribunal, en su Sentencia de 12 Octubre 1979, ha considerado a una empresa de comisión de transporte como transportista, teniendo en cuenta:

- por una parte, que la factura de esa empresa indicaba "todos los gastos incluidos" respecto al transporte de las mercancías, en vez de concretar el precio establecido por aquel que había realmente efectuado el transporte, añadiendo al mismo una comisión.
- De otro lado, que dicha empresa no había informado a los destinatarios sobre los acuerdos a que había llegado por su cuenta con vista al transporte de las mercancías¹³.

El Tribunal Real de Justicia ("Royal Court of Justice") de Londres, en su Sentencia de 13 Enero 1977 decidió que:

"Debe ser considerado transportista toda persona que establece un contrato relativo al transporte de mercancías, incluso si traslada enteramente la operación efectiva a un tercero"¹⁴.

Finalmente, en su Sentencia de 17 Noviembre 1993, la Queen's Bench Division (Tribunal de Comercio) estableció como criterio que la empresa Nilsson debía ser considerada transportista en el sentido de la Convención CMR y que el hecho de el transporte fue realizado por otro transportista no era determinante¹⁵.

Y ello, tomando en consideración que:

- la carta de porte CMR entregada al remitente mencionaba a la empresa "Nilsson" como transportista,

12 Revue de droit uniforme. UNIDROIT, vol II/1976, p. 376.

13 Droit européen des transports, N° 3/1984, p. 411.

14 Ibidem, N° 1/1977, p. 138-139.

15 Reuter Insurance Briefing, Lloyd's of London Press Limited, 22.01.1994.

- los términos "sólo como agente" ("as agent only"), inscritos por los empleados de Nilsson en lugar de la palabra "transportista" ("carrier") no figuraban más que en los otros ejemplares de la carta de porte,
- los remolques en que se transportaban las mercancías llevaban inscrita la abreviatura "NTG" (Nilsson Transport Group)

B) Dinamarca

El Tribunal de Apelación de Dinamarca («Vestre Landsret») en su Sentencia de 8 Julio 1969¹⁶ estableció que una empresa había actuado como transportista y no como comisionista considerando el comportamiento que dicha empresa había tenido en relación al transporte y la manera en que el precio de sus servicios había sido pagado (anticipadamente). El hecho de que tal empresa no poseyese ninguno de los vehículos efectivamente utilizados y el hecho de que todos sus documentos reenviasen a las Reglas generales de la Federación de asociaciones de comisionistas de transporte de Dinamarca, Suecia y Finlandia, no fueron considerados determinantes.

C) Bélgica

El Tribunal de Apelación («Cour d'Appel») de Bruselas, en su Sentencia de 24 Enero 1969, sentó lo siguiente:

"En términos de la Convención CMR, debe ser considerado transportista por carretera la persona que ha aceptado el mandato de transportar por carretera entre dos Estados diferentes la mercancía que ha tomado en carga sin dar a conocer que no asumía por sí misma ninguna prestación; es indiferente que esa persona (empresa) haya dejado ejecutar las operaciones materiales de traslado mediante camión a terceros desconocidos por el remitente"¹⁷.

El mismo Tribunal en su Sentencia de 25 Mayo 1972 declaró que:

"Se considera que ha actuado como transportista la firma encargada de efectuar un transporte determinado, que aceptó sin observaciones ni reservas la ejecución de dicho transporte, y en ausencia de elementos que prueben que las partes han querido establecer un contrato de comisión, y por tanto, dicha firma no puede pretender que sólo ha asumido la responsabilidad de un comisionista «expedidor». Su denominación no tiene incidencia sobre la naturaleza del contrato suscrito, ya que le es posible contratar tanto en calidad de comisionista como de transportista"¹⁸.

Igual Tribunal aún tiene afirmado, en su Sentencia de 19 Octubre 1972, que:

¹⁶ Leif Sevón : La Convention CMR et son application par les Cours scandinaves, UNIDROIT : Jurisprudence de droit uniforme, vol. 3-4/1971, p. 294.

¹⁷ Jurisprudence de droit uniforme, UNIDROIT, vol. 3-4/1970, p. 289.

¹⁸ Revue de droit uniforme. UNIDROIT, vol. I/1974, p. 338.

"Para ser considerado un comisionista-expedidor, es necesario el mandato de establecer un contrato de transporte por cuenta ajena, y hace falta también que el mandante haya sido advertido de los elementos del contrato de transporte establecido por cuenta del mismo; quien se ha encargado de un transporte internacional bien determinado, sin que tales elementos hayan sido concretados, interviene en calidad de transportista con arreglo al Convenio CMR. La referencia a las condiciones generales de los comisionistas-expedidores en un texto impreso en papel de carta, y que no han sido expresamente aceptadas, y/o el hecho de haber actuado en condición de comisionista-expedidor en relaciones anteriores y/o en ausencia de medios de transporte propios, no quitan la calidad de transportista a aquel que ha asumido la ejecución de un transporte en régimen CMR"¹⁹.

El Tribunal Supremo («Cour de Cassation») de Bélgica ha tenido con frecuencia ocasión de pronunciarse cuando una empresa encargada del transporte lo había confiado a otra, la cual a su vez lo había subcontrato a una tercera. El Sr. Ernest Krings, Fiscal emérito en dicho Tribunal, constata²⁰ que:

"En todos estos casos, las Decisiones han calificado al primer interviniente como «transportista principal» y a los siguientes –incluido el último de entre ellos– como «transportistas sucesivos», igualmente si el transporte fue ejecutado, en la mayor parte de los casos, de principio a fin, por un único transportista".

D) Francia

De la Sentencia del Tribunal Supremo («Cour de Cassation») dictada el 13 Febrero 1978 resulta que:

"La empresa que ha contratado en calidad de transportista no puede después pretender autocalificarse de comisionista por motivo de haberse sustituido en un colega para la ejecución del transporte de que había encargado; sino que continúa asumiendo frente a su cliente las obligaciones y la responsabilidad propias del transportista"²¹.

El Tribunal confirmó su referido criterio en su Sentencia de 29 Mayo 1990²².

Por otra parte, en su Sentencia de 13 Noviembre 1990²³, el mismo Alto Tribunal francés ha considerado que

19 Droit européen des transports, N° 4/1973, p. 504.

20 Krings, E. : CMR : Examen de la jurisprudence des Cours de Cassation de France, de Belgique et du Hoge Raad des Pays-Bas, Revue de droit uniforme, 1999, N° 1, p. 149.

21 Bulletin des transports, N° 1822, 1978, p. 210.

22 Ibidem, N° 2405, 1990, p. 760.

"...la naturaleza del contrato que vincula a la empresa DD (como cliente) con la empresa VTE (como pretendido comisionista) debe ser buscada en la intención de las partes; la Sentencia (del Tribunal de apelación) ha revelado que la empresa VTE figuraba en calidad de transportista en las cartas de porte internacionales, y en apreciación soberana, ha declarado que la misma había contratado en dicha calidad; de lo cual deriva que el Tribunal de apelación ha decidido exactamente que las condiciones materiales de ejecución del transporte invocadas por la empresa VTE, estando aquí sin efecto novatorio, no podían poner en causa la naturaleza del contrato así determinado".

En lo relativo a la comisión de transporte, el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 Febrero 1988 consideró que:

"El acuerdo por el cual el comisionista se compromete frente al comitente a cumplir por cuenta de éste los actos jurídicos necesarios para el desplazamiento de una mercancía de un lugar a otro... se caracteriza, no sólo por la facultad dejada al comisionista de organizar libremente el transporte por las vías y modos de su elección, bajo su propio nombre y responsabilidad, sino también por el hecho de que ese acuerdo se refiere al transporte de extremo a extremo"²⁴.

En esa línea, el Tribunal de Apelación de París en su Sentencia de 15 Marzo 1983, tras haber examinado la correspondencia intercambiada por telex, declaró que la empresa

"...había actuado en calidad de comisionista, por el hecho de que había recibido todas las indicaciones útiles sobre el transporte a efectuar, elegido ella misma al transportista, y en fin, hecho constar su nombre como remitente en la carta de porte CMR, lo cual tiende efectivamente a demostrar que había realizado la operación por su propia cuenta"²⁵.

El mismo Tribunal en su Sentencia de 23 Noviembre 1995²⁶, sostuvo el criterio de que el hecho de estampar su sello y su firma bajo la rúbrica «Firma y sello del transportista» en la carta de porte CMR era suficiente para conferir a una empresa –que podía ser en una misma operación a la vez comisionista y transportista- la calidad de transportista, con exclusión de la de comisionista, cuando ella había realizado personalmente una parte del itinerario y organizaba en nombre propio, en régimen de subcontrato, el resto del viaje, y cuando los documentos no hacía alusión a las funciones de comisionista que la empresa era capaz de asumir.

23 Ibidem, Nº 2413, 1991, p. 81.

24 Ibidem, Nº 2301, 1988, p. 491.

25 Ibidem, Nº 2059, 1983, p. 306.

26 Bulletin des transports et de la logistique, Nº 2654, 1996, p. 257.

Por su parte, el Tribunal de Apelación de Rouen en su Sentencia de 31 Octubre 1990²⁷ ha considerado que para saber si se está ante un contrato de transporte o de comisión, es necesario examinar las obligaciones contratadas y no la denominación dada, cuando dice:

"Considerando que la determinación de la calidad en que la empresa EDC actuó en la ejecución del contrato suscrito con la empresa B depende, no de la condición que ella misma ha podido otorgarse, ni de la que B le otorga hoy, sino de la naturaleza de las obligaciones suscritas al momento del establecimiento del contrato, convendrá, vistas tales obligaciones, averiguar si EDC se comprometió o no a organizar el transporte de extremo a extremo, libremente, bajo sus propios nombre y responsabilidad, obligación propia del contrato de comisión".

Otros elementos tenidos en cuenta por el Tribunal: carencia de vehículos de transporte, ausencia de su nombre bajo la rúbrica "transportista" de la carta de porte CMR.

De la misma manera, el Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence, en su Sentencia de 14 Abril 1977²⁸ declaró que los hermanos XYZ:

"...al tomar el encargo de organizar el transporte, cumpliendo las formalidades, buscando transportistas para efectuar la conducción de los bultos, y recibiendo el precio íntegro del transporte, han actuado en calidad de comisionistas de transporte".

E) Países Bajos

El Tribunal de Apelación de Amsterdam en su Sentencia de 6 Enero 1966²⁹ estableció que:

"Cuando una persona, que ha tomado en carga las mercancías objeto de un transporte internacional por carretera, se compromete a efectuar ese transporte -es decir, a que esas mercancías que le han sido entregadas para el transporte en el lugar de carga serán entregadas en el lugar de destino- dicha persona se compromete como transportista internacional de mercancías por carretera y el Convenio CMR le es aplicable. Pero cuando esa persona sólo se encarga de hacer transportar -es decir, a buscar el transporte, saber establecerlo, directa o indirectamente con uno o más terceros, mediante uno o varios contratos en virtud de los cuales tales terceros se comprometen a efectuar todo o parte del transporte- esa persona sólo se compromete como comisionista, y el Convenio CMR no le es aplicable».

27 Bulletin des transports et de la logistique, N° 2421, 1991, p. 221.

28 Bulletin des transports, N° 1805, 1977, p. 576.

29 Jurisprudence de droit uniforme, UNIDROIT, vol. 1-2/1966, p. 127.

Por su parte, el Tribunal de Apelación de Bois-le-Duc ha declarado³⁰ que:

"La persona que se compromete a tomar en carga una mercancía en un lugar determinado y a entregarla, llevándola por carretera, lo antes posible, en otro lugar situado en un país diferente, establece para tal mercancía un contrato de transporte internacional por carretera y no un contrato de comisión".

Ni el hecho de que esa persona tenga como razón social la palabra «comisión», ni el hecho de que el transporte haya sido efectuado en dos fases (de ellas, una por otra persona) pueden en nada modificar ese criterio del Tribunal, el cual hace la observación de que la persona cuya función es cuestionada reconoció haber efectuado por sí misma numerosos transportes y a tal fin disponía de numerosos camiones.

El Tribunal de Apelación de La Haya, en su Sentencia de 9 Enero 1970³¹ afirmó que:

"Debe ser considerado transportista en el sentido del art. 1 del Convenio CMR, y no como comisionista, aquel que realiza el transporte por carretera de Holanda a España y que emite la nota de gastos del transporte, incluso si otro cumple las operaciones materiales del transporte. Una irregularidad en la carta de porte, concretamente el hecho de mencionar como transportista a quien cumple las operaciones de transporte siguiendo las indicaciones del transportista contractual, no impide la existencia ni la validez del contrato de transporte, que sigue sometido a las disposiciones del Convenio CMR".

En el mismo sentido, el Tribunal de Distrito de Rotterdam en su Sentencia de 10 Noviembre 1970³² ha constatado que:

"debe ser considerado transportista en el sentido del Convenio CMR y no como comisionista aquel que se compromete a cambio de un precio global («todo incluido»), es decir, sin mencionar por separado sus prestaciones como comisionista, a efectuar mediante camión y buque «ferry» de domicilio a domicilio, el transporte completo de los Países Bajos a Inglaterra; la contratación a un tercero que ha ejecutado el transporte no le convierte en simple comisionista de transporte".

F) Alemania

El Código de Comercio («Handelgesetzbuch») -modificado en 25 Junio 1998- prevé en su § 458 que el comisionista o transitario («Spediteur») está autorizado él mismo a efectuar el transporte. Si ejerce ese derecho, adquiere, en lo relativo al transporte, los derechos y las obli-

30 Ibidem, vol. 1-2, 1966, p. 119.

31 Droit européen des transports, Nº 4/1970, p. 587.

32 Idem, Nº 2/1971, p. 273.

gaciones del transportista. En ese caso, puede facturar el precio de transporte usual añadido a la remuneración de sus servicios como "Spediteur".

El Tribunal de Apelación de Munich en su Sentencia de 23 Julio 1996 y el Tribunal de Apelación de Hamm en su Sentencia de 14 Junio 1999 establecen una línea de interpretación puramente autónoma respecto al Convenio CMR. Una interpretación autónoma implica una medida comparativa, es decir, una medida que toma en consideración la práctica y la interpretación de los otros Estados partes en dicho Convenio. Dado que, conforme al CMR, los comisionistas que fijan su precio anticipadamente son considerados como transportistas en el Reino Unido, en Bélgica, en Austria y en Alemania, los dos referidos Tribunales de Apelación han declarado que la equivalencia entre los comisionistas y los transportistas deriva directamente del Convenio CMR. Desde ahora, al menos dos Jurisdicciones de segunda instancia alemanas aplicarán el Convenio CMR a los contratos con precio prestablecido³³.

G) Suiza

El Tribunal Federal en su Sentencia de 22 Noviembre 1983, Considerando Segundo (ATF 109 II 471) se pronunció en estos términos:

"El Tribunal Cantonal ha dejado sin decidir la cuestión de la calificación jurídica de las relaciones que vinculan Sati a la demandada: contrato de comisión entre un comisionista y un transportista, o contrato de transporte entre un transportista y otro transportista subcontratado? La cuestión debe ser resuelta en este segundo sentido. Siendo una empresa que se ocupa profesionalmente de los transportes, Sati recibió encargo de la empresa Ateliers des Charmilles S.A. de efectuar el transporte por carretera de una máquina de Ginebra a Milán, encargo que aquélla aceptó, estableciendo en consecuencia una carta de porte que constataba ese contrato de transporte. Desde ese momento, estaba considerada como transportista, aunque después hubiera subcontratado el transporte a la demandada, que a su vez lo confió a la empresa Vionnet. Estas dos últimas deben ser consideradas como transportistas subcontratados..."

3. Conclusiones

Para determinar la naturaleza de un contrato –de transporte o de comisión de transporte–, todos los Tribunales que hemos mencionado han buscado la voluntad real de las partes al momento de establecer dicho contrato.

Es la única regla común que puede ser extraída en base al análisis de la Jurisprudencia arriba referida.

33 Revue de droit uniforme, UNIDROIT, vol. 2, 2000, p. 379-380

Cuando las partes indican claramente en el contrato que una de ellas se obliga a transportar las mercancías –y no hay otras cláusulas que contradigan tal compromiso–, los Tribunales se inclinan a considerar que las partes verdaderamente han querido establecer un contrato de transporte. El hecho de que después la totalidad del servicio haya podido ser confiada a un tercero no es considerada por los Tribunales como determinante.

Buscando la voluntad real de las partes contratantes, cuando la misma no aparece claramente indicada, los Tribunales no se detienen en expresiones o denominaciones de las que tales partes hayan podido servirse, ya que una misma empresa, bajo la misma razón social, puede prestar servicios tanto de transporte como de comisión, o puede renviar a condicionados generales, por ejemplo de los comisionistas, cuando está actuando a título de transportista.

A fin de establecer la intención de las partes contratantes, la Jurisprudencia ha tenido que recurrir a varios medios auxiliares de averiguación. Hemos de admitir que ninguno de ellos tiene el carácter de generalmente admitido.

Para atribuir al acuerdo el carácter de contrato de transporte, los Tribunales:

- con la mayor frecuencia, tienen en cuenta el hecho de que el contrato menciona el precio global sin hacer referencia al precio de los demás intervinientes en el transporte (Alemania, Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido). De todas formas, ese medio auxiliar de búsqueda de la voluntad de las partes contratantes nos parece discutible. Las expresiones tomadas en cuenta por los Tribunales («todos los gastos comprendidos», «precio total pagado por anticipado», «todo incluido») y el hecho de que ni en el contrato ni en la facturación de los servicios aparezca diferenciación entre el precio del transporte y el precio pagado a las prestaciones en calidad de comisionista, no deben necesariamente significar que estamos ante un contrato de transporte. Esta falta de diferenciación de precios bien puede resultar de que las partes no deseen divulgar la remuneración de sus servicios, por razones de secreto comercial. En nuestra opinión, ese medio de búsqueda de la voluntad de las partes puede no ser suficiente por sí mismo si el resultado deducido no se ve corroborado por otros indicios en el mismo sentido.

- toman en consideración el hecho que, al aceptar efectuar el transporte, una empresa no informa al remitente de la mercancía de que ella misma no asumirá por sí misma ninguna prestación de transporte, ni tampoco le informa de que habrá subcontratistas (Bélgica, Reino Unido).

- consideran las inscripciones de la carta de porte CMR, o las referencias contenidas en el Convenio CMR, como decisivas en la averiguación de la voluntad de las partes contratantes (Francia, Reino Unido). Por consiguiente, la calidad de transportista ha sido atribuida a empresas cuyo nombre y y firma figuran bajo las rúbricas reservadas a este fin en la carta

de porte CMR. También ha sido reconocida como aceptación de la función de transportista una referencia en el contrato a la aplicación del Convenio CMR, ya que dicho Convenio no se aplica a las relaciones entre los comisionistas y sus mandantes.

- tienen igualmente en cuenta la ausencia de elementos probatorios de que las partes han querido establecer un contrato de comisión. Los Tribunales franceses han examinado si en la ejecución de su tarea una empresa ostenta la facultad de organizar libremente el transporte pudiendo confiarlo a transportistas de su elección y bajo su propio nombre y mencionándose como remitente en las cartas de porte bajo la rúbrica de dicho documento reservada a esa referencia.

El análisis de la jurisprudencia demuestra que una distinción entre transportista y comisionista no siempre es cuestión fácil..

Como ha constatado con toda razón el Tribunal de Distrito de Amsterdam³⁴, la diferencia entre el transportista que "efectúa" el transporte con ayuda de tercero y el comisionista que "hace transportar" por otras personas, resulta en la mayoría de casos de las propias operaciones de hecho ejecutadas por tales empresas. Pero habrá también que buscar principalmente la responsabilidad que ha sido asumida en relación a ese transporte: esa responsabilidad, en lo que concierne al transportista, es la del resultado mismo del transporte, o sea, la efectiva entrega de la mercancía en el lugar de destino mientras que en lo que concierne al comisionista, dicha responsabilidad se limita a expedir, o sea, a buscar a un transportista.

En nuestra opinión, es de gran interés para las partes contratantes definir claramente sus responsabilidades. Las fórmulas utilizadas en los contratos y las menciones inscritas en las cartas de porte CMR deben ser cuidadosas y exactas. La ausencia de este segundo documento no excluye la existencia del contrato de transporte. Pero la falta de este instrumento de prueba tendrá como consecuencia que haya que acudir a otros medios probatorios favorables a tal o cual calificación, lo cual puede llevar a resultados inesperados y a menudo dolorosos para alguna de las partes contratantes.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

34 Sentencia de 8 Abril 1964, UNIDROIT Jurisprudence de droit uniforme, N° 1-2/1964, p. 169.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO RELATIVO AL CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA: EL ARTICULO 1 DEL CONVENIO CMR

por

Antonio VIÑAL

Abogado. Director de Antonio Viñal & Co. Abogados.

Master en Derecho por la Universidad de Columbia (Nueva York).

Miembro de la Corte Española de Arbitraje. Diplomático excedente (Madrid)

1. Definición

Al abordar el análisis del ámbito de aplicación del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)¹ (en adelante, Convenio CMR), conviene empezar precisando que en puridad no hay un ámbito de aplicación del Convenio, sino más bien cuatro, a saber, el espacial (*ratione loci*), el personal (*ratione personae*), el material (*ratione materiae*) y el temporal (*ratione temporis*). A todos ellos, les consagra el Convenio CMR los artículos 1, 2 y 43; en concreto, al ámbito de aplicación espacial, el artículo 1.1; al ámbito de aplicación personal, el artículo 1.1 in fine y 1.3; al ámbito de aplicación material, los artículos 1.1, 1.2, 1.4 y 2; y, en fin, al ámbito de aplicación temporal, el artículo 43.

Mención aparte merecen los artículos 1.5 y 41.1, en los que el Convenio CMR establece como regla general, tanto desde una perspectiva iuspublicista como desde una perspectiva iusprivatista, el carácter imperativo e inderogable de sus normas, en línea, por lo que a la primera de esas perspectivas se refiere, con lo regulado por la Convención CV en sus artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 53 y 64 (*ius cogens*), como expresión convencional posterior de una norma consuetudinaria anterior². Ahora bien, esta regla general de la imperatividad e inderogabili-

1 Este Convenio, que algunos autores en ocasiones denominan convenio sobre el contrato internacional de mercancías por carretera (Vid. Llorente Gómez de Segura, Carlos, El contrato de transporte multimodal internacional de mercancías, en Calvo Caravaca, A.L. y Fernández de la Gándara, L., Contratos internacionales, Madrid, 1997, p.600), en lugar de, como sería más correcto, Convenio sobre el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, que es la denominación oficial, fue firmado en Ginebra el 19 de mayo de 1956; posteriormente, el 5 de julio de 1978, fue enmendado mediante el correspondiente Protocolo, con objeto de modificar su artículo 23, sustituyendo el franco oro por el derecho especial de giro como unidad de cuenta para el cálculo de las indemnizaciones.

España se convirtió en parte del Convenio - parte, y no miembro, como a veces sostienen, erróneamente, algunos autores: Sánchez-Gamborino, F.J., El contrato de transporte internacional CMR, Madrid, 1996, pp. 19 y 45, ya que se es parte en un tratado: Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 1.g), en adelante CV, y, en cambio, se es miembro de una organización internacional - mediante el depósito del correspondiente instrumento de adhesión ante el Secretario General de las Naciones Unidas (artículo 42.5.) el 12 de septiembre de 1973 (B.O.E nº 109, de 7 de mayo de 1974); y del Protocolo, mediante el mismo procedimiento, el 20 de septiembre de 1982 (B.O.E nº 303, de 18 de diciembre de 1982).

2 Vid. inter alia. Reuter, Paul, Introduction au Droit des Traités, París, 1972, pp. 138 y ss; Sinclair I.M., The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester, 1973, pp. 126 y ss.

dad es, en cierto modo, circular, ya que el propio Convenio CMR prevé su modificación por una conferencia diplomática (artículo 49.1), e incluso por la derogación de los artículos 37 y 38 (que no serían así *ius cogens*, sino *ius dispositivum*) mediante un acuerdo entre los transportistas (artículo 40)

Sea como fuere, la doctrina española admite comúnmente que el Convenio CMR es un convenio que ha disfrutado, desde su entrada en vigor, de una excelente acogida³, como lo prueba el hecho de que, excepción hecha de la reforma acometida en 1978, su texto ha permanecido inalterable a lo largo del tiempo⁴, siendo sus principales puntos oscuros los relacionados con las insuficiencias y lagunas de algunas de sus disposiciones, y en particular con la traducción al español de los textos auténticos en inglés y francés. En concreto, los problemas planteados por esta traducción no son sino reflejo de las carencias experimentadas en este campo por la Oficina de Interpretación de Lenguas del ahora Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, y en última instancia por la política jurídica internacional de este último, salvables en este caso gracias al encomiable voluntarismo de algunos autores, que han acometido en solitario la corrección de estos problemas⁵.

2. Ámbito de aplicación espacial

El artículo 1.1 del Convenio CMR es un artículo en el que se entremezclan tres ámbitos de aplicación distintos, el espacial, el personal, y el material: el primero, de modo total; los dos restantes, de modo parcial, dado que se completan con lo prevenido en el artículo 1.3, por un lado, y en los artículos 1.2, 1.4 y 2, por otro.

En concreto, y por lo que se refiere al ámbito de aplicación espacial propiamente dicho, el Convenio CMR dispone en su artículo 1.1 que dicho Convenio se aplicará a los contratos de transporte de mercancías por carretera realizados a título oneroso, siempre que el lugar de la toma en carga de la mercancía y el lugar previsto para su entrega al destinatario estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante.

3 Vid. Beses Miguel, Rafael, Beses Miguel, M^a Dolores, Transporte, compraventa y responsabilidades (Aspectos nacionales e internacionales), Madrid, 2005, p.150 Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., Curso de contratación internacional, Madrid, 2003, p. 364; Llorente Gómez de Segura, Carlos, El contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, en Calvo Caravaca, A.L y Fernández de la Gandara, L., Contratos internacionales, Madrid, 1997, p. 474; Sánchez-Gamborino, F.J, El Contrato de Transporte Internacional CMR, p. 19; Sánchez-Gamborino, F.J. & Gaitán Rebollo, J. Factbook. Transportes de mercancías por carretera, Cizur Menor (Navarra) 2003, p. 509

4 En este sentido, los intentos de Fiata (1983) y, más recientemente, Unidroit (2001), para adaptar el CMR a los sistemas de información electrónica (EDI), no han llegado a materializarse.

5 Sánchez-Gamborino, F.J: El Contrato... pp. 388 y ss.

Desde un punto de vista iuspublicista, el texto anteriormente citado presenta como primera singularidad la escasa precisión de los términos utilizados, en particular el referido a “país contratante”, y ello por las siguientes razones: en primer lugar, porque, el término más correcto hubiera debido haber sido el de “Estado”, no el de “país”, dado que son los Estados, como lo son también las Organizaciones internacionales intergubernamentales, los sujetos de derecho internacional público provistos del *ius tractatum* necesario para concluir tratados⁶. En segundo lugar, porque, como acabamos de ver, además de los Estados, las Organizaciones internacionales intergubernamentales son igualmente sujetos de derecho internacional público, capaces de concluir tratados y por tanto de ser partes en ellos, razón por la cual éstas, al igual que los Estados, hubieran debido haber sido incluidos en este ámbito de aplicación.

Además de estas dos singularidades, existe otra, siempre dentro de este punto de vista iuspublicista, y es el término de “contratante”, igualmente impreciso, ya que en su lugar hubiera debido haber sido empleado el de “parte”. La diferencia entre uno y otro, a tenor de lo establecido en la Convención CV, estriba en que en el caso de “Estados contratantes” estamos en presencia de Estados que han consentido en estar ligados por un tratado, haya entrado en vigor o no; mientras que en el de “Estados parte” estamos en presencia de Estados que han consentido en estar ligados por un tratado, que, en cambio, ha entrado en vigor⁷.

En este mismo orden de ideas, cabría plantearse otra cuestión, y es la relativa a si es posible que el Convenio CMR se aplique a contratos cuyo lugar de toma en carga y cuyo lugar de entrega estén situados en Estados que, en ninguno de ambos casos, sean partes en el mismo. Si tenemos en cuenta que el Convenio CMR es, como reconocen algunos autores, un “instrumento firmemente asentado en el tráfico”⁸, cabe admitir la posibilidad de que terceros Estados (de origen o de destino) puedan indicar por su conducta –*ipsis rebus et factis*– su disposición a quedar obligados por los derechos y obligaciones previstos en el Convenio, invocando así normas convencionales a título de normas consuetudinarias ampliamente aceptadas por su propia práctica⁹.

Al margen de lo que antecede, observamos, al analizar este ámbito de aplicación espacial, que así como es relevante el hecho de que el lugar de origen y el lugar de destino estén situados en dos Estados diferentes, uno de los cuales al menos sea parte en el Convenio, no lo es en cambio el hecho de que las partes contratantes sean nacionales o residentes en el mismo país¹⁰. En este supuesto, es perfectamente compatible con el objeto

6 Vid. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 47.

7 CV, artículos 1.f y 1.g, respectivamente

8 Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J, *Ibid.*, p. 364

9 Reuter, Paul, *Ibid.*, p. 116; CV, artículo 38.

10 Así lo prevé el Convenio en el artículo 1.1 in fine, y así lo ratifica en efecto nuestra jurisprudencia: STS de 10.06.85 (RJA 3103)

y fin del Convenio que dos españoles, residentes en España, suscriban un contrato para la realización de un transporte internacional por carretera, y ello aún cuando con posterioridad a la celebración del contrato el lugar de origen o el lugar de destino hayan experimentado algún cambio respecto de los inicialmente previstos.

En este contexto, algunos autores se cuestionan acerca de si contratos sucesivos de transportes nacionales están sometidos o no al Convenio CMR, dada la internacionalidad concurrente en el transcurso de su ejecución¹¹. A este respecto, el elemento clave no es tanto la internacionalidad en cuestión, cuanto la pluralidad contractual y la ruptura de carga: si coexisten varios contratos y se produce ruptura de carga, el Convenio CMR no sería aplicable; en cambio si se trata de un único contrato sin ruptura de carga, y ello aunque intervengan porteadores sucesivos que transporten la mercancía por trayectos exclusivamente nacionales, sí sería aplicable¹²

3. Ámbito de aplicación personal

El Convenio CMR habla, en su artículo 1.1 in fine, de las “partes del contrato de transporte”, pero ni en este artículo ni en ningún otro define a ninguna de ellas: ni al porteador o transportista, ni al cargador o remitente, ni al destinatario o consignatario. En el artículo 6.1, sí las menciona de forma explícita, cosa que en cambio no hace, como acabamos de ver, en el artículo 1.1, pero al igual que en éste tampoco los define. A fin de paliar estas lagunas, una parte de la doctrina ha tratado de delimitar estos conceptos a partir del ya citado artículo 6.1¹³, pero se trata en última instancia de categorías científicas, no convencionales.

Además de esta alusión a las “partes del contrato de transporte” en el artículo 1.1, el convenio CMR contiene otra en el artículo 1.3, en la que se establece que el convenio se aplicará igualmente en el caso de que los transportes sean realizados por Estados, Instituciones u Organismos gubernamentales, mas si en el artículo 1.1 no precisa a qué tipo de partes se refiere –si personas físicas o jurídicas, públicas o privadas-, en el artículo 1.3 tampoco precisa a qué tipo de servicios del Estado, más o menos descentralizados, o de personas jurídicas de derecho público, se refiere.

En una interpretación concordante de este artículo 1.3 con el artículo 1.1, algunos autores acertadamente estiman que el transporte oficial, es decir, el efectuado por gobiernos y autoridades para su propio uso, queda excluido del ámbito de aplicación de este Convenio, dado que, al no ser oneroso, no cumple uno de los requisitos establecidos en el artículo 1.1.¹⁴ Ello no obstante, sí quedaría incluido el transporte para Estados,

11 Sánchez-Gamborino, F.J.: El Contrato... p. 47

12 Llorente Gómez de Segura, Carlos, *Ibid*, p. 481

13 Llorente Gómez de Segura, Carlos, *Ibid*, p. 487

14 Sánchez-Gamborino, F.J., El contrato..., p. 51

Instituciones, y, añadimos nosotros, Organizaciones internacionales intergubernamentales, cuya referencia aquí, como en el ámbito de aplicación espacial, echamos en falta.

4. Ámbito de aplicación material

El ámbito de aplicación material, que aparece recogido en los artículos 1.1, 1.2, 1.4 y 2, es importante tanto por lo que regula como por lo que no regula. En primer lugar, regula, como hemos visto, el contrato de transporte internacional de mercancías, realizado a título oneroso, por medio de vehículos, siempre que el lugar de origen y el de destino estén situados en dos Estados diferentes, y al menos uno de ellos sea parte en el Convenio, mas al hacerlo no precisa de qué mercancías se trata, no aclara la retribución a la que tiene derecho el porteador, ni tampoco desarrolla el concepto de vehículos, limitándose – en el artículo 1.2- a un simple reenvío al artículo 4 del Convenio sobre circulación por carretera de 19 de septiembre de 1949.

Regula, asimismo, en su artículo 2, artículo de redacción confusa y compleja aplicación práctica al decir de un parte de la doctrina¹⁵, el denominado transporte superpuesto, estableciendo a tal efecto una regla o principio general en su apartado 1, y la correspondiente excepción a dicha regla general en el apartado 2. El objeto de este artículo es extender la aplicación de un convenio como el CMR, básicamente unimodal, a otros modos de transporte como el marítimo, el terrestre por ferrocarril o el aéreo, propiciando así, de un lado, un fenómeno convencional integrador y, paralelamente, otro, de signo contrario, al establecer una delimitación funcional entre porteador contractual (por carretera) y porteador efectivo (por otro modo que no sea carretera)

Por otra parte, el Convenio CMR no regula, y así lo dispone en su artículo 1.4, ni los transportes postales, ni los transportes funerarios, ni los transportes de mudanzas, que quedan excluidos de esta manera de su ámbito de aplicación. La justificación de esta exclusión obedece a razones de distinta naturaleza: en unos casos, al tipo de cosas, mercancías o bienes objeto del transporte (así, el traslado de restos humanos en el transporte funerario¹⁶; y, en otros, a la existencia de convenios o normas internacionales específicas, como el Convenio de 26 de octubre de 1973, aplicable al transporte postal, y a las Condiciones Generales de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas y las Reglas de la Federación Internacional de Mudanzas Internacionales, aplicables al transporte de mudanzas¹⁷.

¹⁵ Llorente Gómez de Segura, Carlos, *Ibid*, p.601

¹⁶ No así, sin embargo, el traslado de féretros, que sí cae dentro del ámbito de aplicación de este Convenio.

¹⁷ En relación con este modo de transporte, es preciso mencionar que en el Protocolo de Firma del Convenio CMR aparece recogido el compromiso explícito de los Estado firmantes de negociar, entre otros convenios, uno sobre el transporte de mudanzas, compromiso que, sin embargo, al día de hoy, excepción hecha de las Condiciones y Reglas anteriormente citadas, no ha conseguido ser materializado.

Dicho esto, a esta somera descripción de los rasgos básicos del ámbito de aplicación material del Convenio debe suceder ahora un análisis más detallado del mismo, y a este efecto debemos de retomar lo dispuesto en el artículo 1.1, ya citado. A este respecto, es necesario tener presente que aún cuando en este artículo 1.1. no se contiene una definición del contrato internacional de transporte de mercancías por carretera, sí se contienen, en cambio, algunos elementos del mismo, personales o reales, aunque, eso sí, con notable inconcreción, tal vez porque el objeto fundamental de este artículo no es el ámbito de aplicación material, sino más bien el ámbito de aplicación espacial. Sea como fuere, sí alude, como decíamos, a alguno de los elementos reales del contrato, como las mercancías, los vehículos o el precio.

En relación con las mercancías, ante la ausencia de criterios por parte del Convenio para determinar su alcance y contenido, la doctrina trata de colmar esta insuficiencia propiciando una interpretación extensiva de dicho término, y en este sentido considera que dentro del mismo cabe incluir, además de las mercancías propiamente dichas, el embalaje y, también, los contenedores¹⁸. En cuanto a los vehículos el artículo 1.2 estipula que, a los efectos de aplicación del Convenio, hay que entender por tales los automóviles, vehículos articulados, remolques y semirremolques, según están definidos en el artículo 4 del Convenio sobre circulación por carretera de 19 de septiembre de 1949, reenvío este que un sector de la doctrina considera que, por su insuficiencia, hay que entender hecho a los Convenios que puedan suceder a este último dentro del mismo ámbito de aplicación¹⁹. En lo tocante al precio, el artículo 1.1 debe ser completado con lo dispuesto en el artículo 6.1.1), en el que sí se concretan un poco más los gastos del transporte, desglosando éstos en precio, gastos accesorios, derechos de aduana y otros gastos.

Una parte importante de este ámbito de aplicación material lo constituye, tal y como anticipamos líneas atrás, el artículo 2 del Convenio. Este artículo, aplicable al llamado transporte superpuesto (*Ferroutage*, en el caso de vehículo de carretera sobre tren; y *transroulage*, en el caso de vehículo de carretera sobre buque), contiene una regla general y una excepción, recogidas ambas en su apartado 1. En virtud de la regla general, en caso de que el vehículo que contenga las mercancías sea transportado por mar, ferrocarril, vía navegable interior o aire, durante una parte de su recorrido, sin ruptura de carga, el Convenio CMR se aplicará a todo el transporte. Si hay ruptura de carga, no será posible aplicar el Convenio CMR; ahora bien, conviene aclarar a este respecto que no toda descarga de mercancía comporta la inaplicación del Convenio CMR, sino tan solo aquella que sea transbordada a otro modo de transporte.

18 Clarke, M, *Carriage of Goods by Road*, en Yates, D, *Contracts for the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, London, 1993, part 3 (3.1.2.1.2)

19 Llorente Gómez de Segura, Carlos, *Ibid*, p. 480. En este punto, conviene poner de relieve que el Convenio que, en principio, hubiera estado llamado a sustituir al de 1949 hubiera debido ser el adoptado en Viena el 8 de noviembre de 1968, pero hasta la fecha no ha entrado en vigor por no haber reunido el número suficiente de ratificaciones.

El apartado 1 del artículo 2 del Convenio CMR recoge, además de esta regla general, su excepción, al imponer, en determinados casos, el régimen de responsabilidad del modo de transporte en el que es trasladado el vehículo que hace el transporte por carretera. A tal efecto, el Convenio exige la concurrencia acumulativa de tres requisitos, todos ellos de carácter probatorio: a) que la pérdida, daño o retraso en la entrega de la mercancía se haya producido durante la ejecución del transporte por modo distinto a la carretera; b) que la pérdida, daño o retraso no sean responsabilidad, por acción u omisión, del porteador por carretera; y c) que dicha pérdida, acción u omisión sean consecuencia de un hecho que sólo se pueda producir durante y por razón del transporte que no discorra por carretera²⁰.

El Convenio CMR regula así lo que se ha dado en llamar sistema de responsabilidad “red” (heterogénea) frente al conocido como “uniforme” (homogénea). Como acertadamente se subraya por una parte de la doctrina, la importancia económica de este sistema de responsabilidad es grande, dado que los límites cuantitativos máximos de responsabilidad del transportista varían de un modo de transporte a otro, siendo mucho más bajo en el modo de transporte marítimo que en el modo de transporte por carretera. En este sentido, conviene recordar, aunque parezca anecdótico, que no lo es, por su repercusión económica, que un camión, remolque o vehículo articulado es considerado, a efectos indemnizatorios, como un bulto²¹.

En el artículo 2.1 in fine, el Convenio CMR dispone que, en caso de que el modo de transporte distinto de la carretera, carezca de normas propias, entonces la responsabilidad del transportista por carretera será determinada por el propio Convenio CMR, caso del transporte fluvial, por ejemplo. Y, en el artículo 2, apartado 2, por último, que, en el supuesto de que ambos transportistas sean la misma persona, su responsabilidad se determinará igualmente por lo establecido en el apartado anterior, como si ambas funciones hubiesen sido efectuadas por personas distintas, en cuyo caso la responsabilidad del transportista único dependerá del tramo en que tuvo lugar el suceso perjudicial.

5. Ámbito de aplicación temporal

El Convenio CMR entró en vigor el 2 de julio de 1961, una vez cumplidas las previsiones establecidas en sus artículos 43.1, y 42.1. y 42.5, esto es, que cinco Estados miembros de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, o admitidos en esta última a título consultivo, hubieran depositado su instrumento de ratificación o adhesión al Convenio ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

20 Llorente Gómez de Segura, Carlos, *Ibid*, pp. 601 y ss.

21 Sánchez-Gamborino, F.J.: *El Contrato...*, p. 62

22 Sánchez-Gamborino, F.J.: *El Contrato...*, p. 67

A diferencia de otros Convenios, como el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980, por ejemplo, que tiene una duración limitada a diez años, prorrogable tácitamente por períodos de cinco años (artículo 30), el Convenio CMR tiene, en principio, una duración ilimitada. El Estado que desee revisarlo deberá pedir al Secretario General de las Naciones Unidas la convocatoria de una conferencia para tal fin, convocatoria a la que el Secretario General tendrá que acceder si, en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la notificación hecha por él, al menos un cuarto de los Estados parte en el Convenio le ha comunicado su asentimiento a dicha petición de revisión.

Hasta ahora, sin embargo, no se ha tramitado una petición de esta naturaleza, lo cual no hace sino confirmar la opinión generalmente extendida entre la doctrina de que el Convenio " es un instrumento jurídico que a lo largo de los años ha demostrado su validez y utilidad"²³. A ello no ha sido ajena, ciertamente, la labor interpretadora de la propia doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia, colmando las lagunas e insuficiencias del Convenio y contribuyendo así a la codificación y desarrollo progresivo del mismo.

Por último, en relación a si el Convenio CMR posee carácter retroactivo o no, cuestión esta que tal vez no deje de ser un problema meramente académico, conviene decir que el Convenio CMR, a diferencia de otros, como el de Roma, antes citado, no posee cláusula alguna que regule este punto. A falta, pues de una manifestación expresa del mismo sobre el particular, siempre cabe recurrir, como hacen algunos autores, al principio general del derecho según el cual las normas jurídicas no poseen, salvo indicación en contrario, efecto retroactivo²⁴, y así ha sido recogido en efecto en el artículo 28 de la Convención CV, en concordancia con los artículos 70.1.6) y 71.2.6) del mismo cuerpo legal.

23 Sánchez-Gamborino , F.J.: El Contrato..., p. 20

24 Reuter, Paul, *Ibid*, p. 107

EL TRANSPORTE POR SUPERPOSICIÓN CAMIÓN SOBRE BUQUE “RO-RO” (ARTÍCULO 2 DE LA CONVENCIÓN CMR): LA SOLUCIÓN HOLANDESA¹

por

Dr. Krijn HAAK

Magistrado en el Tribunal de Distrito de Rotterdam

Profesor de Derecho de los Transportes y Derecho Mercantil

Universidad Erasmus

(Rotterdam)

1. Introducción

Cualquier jurista especializado en transporte estará de acuerdo en que la aplicación del art. 2 de la CMR, que trata sobre la responsabilidad del transportista por carretera por daños ocurridos durante el trayecto realizado por un modo distinto (tren, buque, etc.) genera varios importantes problemas. Estos problemas se deben en primer lugar a la longitud excesiva y un tanto misteriosa del texto del artículo, así como a lo intrincado del proceso en el mismo previsto para determinar la ley aplicable, que remite a una hipotética relación directa entre el remitente y el titular del vehículo distinto al de carretera en el cual sucedió el evento perjudicial. El art. 2 de la CMR se refiere al transporte “modo sobre modo”² (transporte por superposición de vehículos: sobre buque “ro-ro”, o sobre vagón ferroviario), que no es lo mismo que “modo desde otro modo”. Ambas clases de transporte se insertan en el siempre creciente ámbito del transporte plurimodal. En ausencia de una Memoria formal sobre los trabajos preparatorios de la Convención CMR, uno se ve obligado a hacer conjeturas acerca de la intención de sus redactores, al haber introducido este artículo en el mismísimo último momento, a propuesta de la Delegación inglesa³.

El texto del art. 2, apartado 1 de la Convención, dice así:

“Art. 2. – 1.- En el caso de que el vehículo que contiene la mercancía sea transportado por mar, ferrocarril, vía navegable interior o aire en una parte de su recorrido, sin ruptura de carga -salvo en el caso en que eventualmente se aplique el artículo 14-, este Convenio se aplicará al conjunto del transporte. Sin embargo, en la medida en que se pruebe que la pérdida, avería o demora en la entrega de la mercancía sobrevenida durante el transporte no realizado por carretera, no ha sido causada por algún acto u omisión del transportista por carretera, y que ha sido causada por un hecho que no ha podido producirse más que durante y por razón del transporte no realizado por carretera; en tal

¹ Este trabajo está con todo gusto dedicado a la memoria del lamentablemente desaparecido Francisco Miguel Sánchez Gamborino “senior”, muy cualificado Abogado de fama internacional especializado en transporte, lo mismo que ahora también su hijo Francisco Sánchez-Gamborino “junior”.

² Clarke, *International carriage of goods by road: CMR*, p. 29.

³ Haak, *The liability of the carrier under the CMR*, p. 94.

caso, la responsabilidad del transportista por carretera no será determinada por este Convenio, sino de la forma en que se determinaría la responsabilidad del transportista que no efectuó el transporte por carretera, si se hubiera establecido un contrato de transporte entre el remitente y ese otro transportista que no efectúa el transporte por carretera, para el exclusivo transporte de la mercancía, y de acuerdo con las disposiciones legales vigentes aplicables al transporte de mercancías por ese modo distinto de la carretera. Si tales disposiciones no existen, la responsabilidad del transportista por carretera será determinada por el presente Convenio”.

De este art. 2 pueden deducirse las siguientes reglas:

(a) la regla principal es que la Convención CMR rige también la relación entre el remitente y transportista de carretera durante el tramo que se realiza por el otro modo, lo cual supone una importante extensión del ámbito de la CMR, en relación a lo que dice su art. 1,1 (“para el transporte de mercancías por carretera”)

(b) La segunda frase del apartado 1 refleja la naturaleza excepcional de esa regla: la aplicabilidad de la CMR queda en un segundo plano para ceder protagonismo al régimen que hubiera regido un hipotético contrato establecido entre el remitente y el transportista del modo distinto a la carretera (en nuestro caso, el naviero de buque ro-ro). Esta excepción, sin embargo, queda limitada a la responsabilidad del transportista de carretera según la determina el capítulo IV (arts. 17-29) de la Convención CMR. Otros aspectos de la relación entre remitente y transportista de carretera siguen intactos, conforme a la regla (a).

(c) Cuando los requisitos para aplicación de la regla excepcional (b) no se han cumplido -por ejemplo, no hay prueba de que el daño ha sido causado por un evento que solo pudo ocurrir durante el trayecto en modo distinto de la carretera; o bien que el régimen aplicable al otro modo no pueda ser considerado como “disposiciones legales vigentes”- la regla principal (a) subsiste..

La mayor parte de problemas, tanto en la Jurisdicción como en la doctrina, están relacionados con el apartado (b), como será estudiado a través de su aplicación por la Jurisdicción holandesa. En particular, el rompecabezas jurídico es como ensamblar el contrato principal entre el remitente y el transportista de carretera con el subcontrato entre el transportista de carretera y el transportista de buque ro-ro. Tres partes en dos contratos. Consecuentemente, la posición jurídica del transportista internacional de carretera no es como para ser envidiada.

2. Desarrollo en la Jurisdicción holandesa

2.1. Caso Baltic Ferry

El primer caso que se planteó con respecto a la interpretación del art. 2 de la Convención CMR fue el llamado Ferry del Mar Báltico o “Baltic

Ferry”⁴. Los hechos fueron del siguiente modo: 42 pallets de géneros textiles fueron transportados por carretera, en régimen CMR, desde Alemania a Macclesfield (Reino Unido). En Rotterdam el remolque –incluyendo su carga de pallets- fue embarcado a bordo del “Baltic Ferry” por un vehículo-grúa. Durante su descarga en Felixtowe, el remolque volcó debido a la curva demasiado cerrada de otro vehículo-grúa a bordo del buque, dañándose los pallets. El remitente reclamó indemnización al transportista de carretera por la pérdida de su mercancía, de acuerdo con la Convención CMR, mientras que dicho transportista buscó protegerse invocando la aplicación de las Reglas de la Haya (promulgadas en Holanda), ya que el plazo de prescripción de la reclamación había expirado. El transporte del remolque a bordo del “Baltic Ferry” se había ejecutado al amparo de un billete (“seawaybill”) marítimo. Tres cuestiones tenían que ser decididas por el Tribunal de Distrito de Róterdam:

(a) El daño a las mercancías ¿había sido causado por un “hecho que no ha podido producirse más que durante y por razón del transporte no realizado por carretera” (en este caso, por mar)?

(b) La responsabilidad del transportista de carretera, ¿se debía regir por la Convención CMR o por las Reglas de La Haya?

(c) El plazo de prescripción ¿también se gobernaría por la misma regla que (b)?

Veamos el criterio del Tribunal sobre cada una de estas cuestiones:

(a) El Tribunal de Distrito rechazó el argumento del remitente de que el evento –vuelco del remolque- también pudo haber ocurrido en tierra y por tanto las condiciones de la regla excepcional (que antes llamamos “b”) no se habían cumplido. El Tribunal estableció que para cumplir este requisito no era decisiva la cuestión de si hipotética y teóricamente el evento pudo también haber ocurrido en tierra. El evento ocurrió efectiva y concretamente en el mar y fue causado por la estrechez de las zonas de aparcamiento a bordo del buque.

(b) También fue rechazado el argumento del cargador según el cual las Reglas de La Haya no eran aplicables. El cargador hizo referencia al hecho de que el transporte se realizó al amparo de un billete (“sea waybill”), que no es un conocimiento de embarque o documento similar en el sentido del artículo 1,b) de las Reglas de La Haya. El Tribunal basó su rechazo en que en la práctica y en transporte marítimo de corta distancia (“short sea trade”) mediante ferry nunca se usan conocimientos de embarque. Lo cual significa que el art. 2 de la CMR nunca se aplicaría al transporte marítimo de corta distancia, una conclusión que nos parece inaceptable. Más aún: al dorso del billete (“sea waybill”) marítimo, tal como fue

4 Sentencia del Tribunal de Distrito de Rotterdam 21 June 1985, Schip & Schade (Ship and Damage) 1986, 56.

emitido, se hacía referencia a las condiciones de transporte, que contenían las Reglas de La Haya. Es decir, que ambas partes habían voluntariamente aceptado las Reglas de la Haya⁵. Puesto que el billete (“sea waybill”) marítimo, que no es negociable, excluye cualquier otra documentación, como el conocimiento de embarque o la póliza de fletamento, una razonable interpretación de esta previsión conduciría a la aplicabilidad de las Reglas de La Haya.

(c) La aplicabilidad de las Reglas de La Haya implica la también aplicabilidad de su plazo de prescripción. A criterio del Tribunal de Rotterdam, la previsión del art. 2 de la CMR no se limita al régimen de responsabilidad del transportista. El argumento utilizado fue que sería ilógico que el transportista de carretera fuera hecho responsable frente al remitente en un momento en que el plazo de prescripción (art. 32 CMR) para que él formulara reclamación contra el naviero había sido ultrapasado.

El remitente tuvo más suerte en su recurso de apelación. El Tribunal de Apelación de La Haya⁶ anuló la Sentencia de Rotterdam. Respecto a la cuestión (a) el Tribunal de segunda instancia consideró que el vuelco del remolque a bordo del “Baltic Ferry” no era un hecho específicamente vinculado al tramo marítimo, como requiere la regla excepcional (que antes hemos llamado b). En este sentido, no hay diferencias entre vuelcos ocurridos a bordo y en tierra.

Como consecuencia de ello, la cuestión (b) relativa al régimen legal aplicable – “disposiciones legales vigentes”- ya no tenía interés y podría quedar sin respuesta.

En cuanto a la cuestión (c), al no haberse puesto en efecto (b), la Convención CMR seguía siendo aplicable. Más aún, aún cuando fueren aplicables las Reglas de la Haya en vez de la Convención CMR, las últimas nunca registrarían el plazo de prescripción (art. 32 CMR), porque la aplicabilidad de las Reglas de La Haya queda limitada al régimen de responsabilidad del transportista, en la forma que se contiene en el Capítulo IV (arts. 17-29) de la CMR.

2.2. Caso Gabriele Wehr

El Tribunal de Distrito de Amsterdam⁷ no siguió el camino abierto por la Sentencia de su homólogo de Rotterdam en el caso “Baltic Ferry”. He aquí los hechos de caso “Gabriele Wehr”: una remesa de componentes para vehículos fue transportada por carretera en régimen CMR desde Suecia hasta Amsterdam. Para el trayecto desde el muelle marítimo de Göteborg (Suecia) hasta Amsterdam, el transportista de carretera contrató

5 Sobre responsabilidad conforme a la cláusula Paramount vid Clarke, op.cit., p.37, 39.

6 Sentencia del Tribunal de Apelación de La Haya de 8 Abril 1988, Schip & Schade 1989, 1.

7 Sentencia del Tribunal de Distrito de Amsterdam de 18 Noviembre 1987, European Transport Law 1990, p. 251.

con el transportista de buque ro-ro Tor Lloyd, el cual embarcó varios remolques cargados en cubierta del buque "Gabriele Wehr" bajo billete marítimo ("sea waybill") que hacía referencia a las Reglas de La Haya. Durante el trayecto por mar, las mercancías contenidas en los vehículos de carretera sufrieron daños debidos al mal tiempo. Los dueños de la mercancía reclamaron por ello al transportista de carretera una indemnización al amparo de la Convención CMR, pero éste aludió a los "riesgos de la mar" a que hacen referencia las Reglas de La Haya.

El Tribunal de Distrito de Amsterdam, constatando la falta de un conocimiento de embarque, consideró el billete marítimo ("sea waybill") insuficiente para la aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby. Las requeridas "disposiciones legales vigentes" (art. 2 CMR) deben ser entendidas como normas imperativas. Por contra, la referencia a las Reglas de La Haya-Visby, hecha en el billete, es una estipulación voluntaria entre el transportista de carretera y el naviero ro-ro, y no tiene efectos respecto a terceros como el remitente. *Nota bene*: incluso en un caso en que las Reglas de La Haya-Visby fueran de cumplimiento obligatorio, no serían imperativamente aplicables al transporte de mercancías sobre cubierta (art. 1,c de las Reglas). Por tanto, la responsabilidad del transportista de carretera permanece regida por el art. 17 de la CMR (regla que antes hemos llamado c).

Enfrentados a estas dos sentencias contradictorias (Rotterdam vs. Amsterdam) en relación a esta encendida cuestión, tanto en sentido práctico como jurídico, las partes del caso "Gabriele Wehr" decidieron presentar sus argumentos directamente al Tribunal Supremo holandés ("Hoge Raad") "saltando" por encima del Tribunal de Apelación.. Antes de juzgar el caso, el Tribunal Supremo fue asesorado por el Fiscal General, que mostró su conformidad con la sentencia de Amsterdam en un extenso informe sobre este precario rompecabezas jurídico⁸. Al Tribunal Supremo fueron sometidas dos cuestiones principales:

(a) ¿Cómo debían interpretarse las palabras "disposiciones legales vigentes" del art. 2 CMR? ¿Hasta dónde debe llegar la imperatividad de esas disposiciones?

(b) ¿Cómo debía ser el hipotético contrato entre el remitente y el transportista ro-ro?

(a) En una argumentación bastante bien razonada, el Tribunal Supremo en primer lugar destaca el propósito último de la Convención CMR⁹. El sentido de las palabras "disposiciones legales vigentes" para regir el hipotético contrato entre el remitente y el transportista ro-ro, cuando se

⁸ El Informe ha sido publicado en *European Transport Law* 1990, p. 606-624 (versión francesa).

⁹ Sentencia del Hoge Raad (Tribunal Supremo) de 29 Junio 1990, *European Transport Law* 1990, p. 589, con traducción al francés, p. 600 ss., y nota por J. Putzeys, p.631 ss.

habla de responsabilidad del primero, es que exista un régimen jurídico objetivo aplicable al transporte. Esta construcción objetivista por medio de un contrato hipotético se sitúa perfectamente en línea al preámbulo de la Convención CMR, cuando se afana por la uniformidad en cuanto a la responsabilidad del transportista de carretera. La prioridad de la CMR es conseguir a ultranza la seguridad jurídica en el transporte internacional. Por eso, al tiempo de la redacción de la Convención CMR en 1956, sus redactores tendrían in mente las Convenciones ya existentes para otros modos de transporte, como el marítimo (Reglas de La Haya), el aéreo (Convención de Varsovia), o el ferroviario (CIM). Estas Convenciones contienen, más o menos como la CMR, derecho imperativo. Aunque las Reglas de La Haya-Visby dejan algún espacio libre para esquivar su carácter compulsivo (por ej. la Regla 1,c referida a carga sobre cubierta; la Regla V, sobre aumento de la responsabilidad del transportista; o la Regla VI, sobre mercancías especiales transportadas bajo documento no negociable), a cambio de la libertad del contrato entre las partes, todo ello no puede significar que las Reglas dejen de aplicarse a la situación contemplada en el art. 2 CMR, concretamente en la navegación de corta distancia mediante transporte ro-ro. El resultado jurídico del criterio opuesto significaría que la CMR regiría por completo la relación entre el remitente y el transportista de carretera incluyendo el trayecto marítimo, lo cual no es razonable.

La respuesta del Tribunal Supremo a la cuestión que hemos llamado (a) es que las palabras “disposiciones legales vigentes” se refieren, en principio, a los demás regímenes de transporte unimodal. Para la aplicabilidad de la Convención alternativa hay que tener en cuenta la trayectoria del transportista ro-ro en relación a las reglas sobre ámbito de aplicación de dicha otra Convención. La redacción francesa “conditions impératives” no resiste esta interpretación a la luz del art. 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Más aún, uno debería prescindir de las posibles estipulaciones privadas para escapar del carácter imperativo, que otorga a las partes por la Convención alternativa, así como también las particularidades (por ej. autorización para carga sobre cubierta, y la emisión de un conocimiento de embarque) en el contrato entre el transportista de carretera y el transportista ro-ro. Esta forma de interpretación justifica la construcción objetivista, como puede ser deducida del art. 2 de la CMR.

Hasta dónde esta interpretación puede alcanzar, es algo que el Tribunal Supremo contesta en su respuesta a la segunda pregunta.

(b) Una vez decidido cuál de las Convenciones alternativas es la aplicable a la responsabilidad del transportista, aparece la cuestión de si el contrato efectivamente establecido entre el transportista de carretera y el transportista ro-ro también debería determinar el hipotético contrato entre el remitente y el transportista ro-ro. Esto puede ser considerado como un simple método de proyección. Conforme al punto de partida de la construcción objetivista, el Tribunal Supremo declaró el método de proyección inaceptable, por los intereses del remitente, al no ser éste parte (o no poder influir) en el contrato entre los dos transportistas. Por tanto, el contrato real entre dichas dos partes no puede ser tenido en cuenta en orden a determinar cómo sería dicho hipotético contrato.

Respecto al requisito de emisión de un conocimiento de embarque para la aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby como régimen imperativo, el Tribunal Supremo declaró que, dado el hecho de que en la práctica diaria de la navegación de corta distancia el billete marítimo ("sea waybill") excluye la emisión de conocimientos de embarque, la aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby no depende del contrato efectivo (en este caso, sin conocimiento de embarque sino solo con billete marítimo) entre los dos transportistas para el trayecto marítimo. El razonamiento relativo a la carga sobre cubierta es idéntico. Con autorización o sin ella, se aplican las Reglas de La Haya-Visby. En consecuencia, la sentencia de *Amsterdam* fue anulada. La conclusión es que las Reglas de La Haya-Visby como tales se aplican cuando el trayecto marítimo cae dentro del ámbito de aplicación (art. X, letras a, b o c) de las Reglas, cuya aplicabilidad no depende del contrato efectivo entre el transportista de carretera y el transportista ro-ro. Cualquier estipulación particular concerniente a la emisión de documentos o del sistema de carga sobre cubierta no evitará la aplicabilidad de las previsiones de las Reglas de La Haya-Visby sobre responsabilidad al transportista de carretera, para salvaguardar los intereses del remitente al dar seguridad jurídica internacional en cuanto a la responsabilidad de aquél.

Esta solución no parece en línea con la que recibió el conocido caso francés *Anna-Oden*, en el cual el Tribunal Supremo francés ("Cour de Cassation")¹⁰ desestimó la aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby, que habían sido previstas mediante una cláusula Paramount en el contrato¹¹. En cuanto a la doctrina, Clarke no parece muy claro: por una parte, niega la aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby salvo que ello haya sido expresamente aceptado en el billete marítimo¹², pero por otro lado acepta su aplicabilidad por la vía de una cláusula Paramount¹³ (voluntariamente, no imperativamente) como hizo la mencionada sentencia del Tribunal Supremo holandés. Sea como fuere, la solución por el Tribunal Supremo holandés¹⁴ parece ir (teóricamente, así como en las observaciones del Tribunal) a favor del remitente, pero sin embargo en la práctica (así en el caso "*Gabrielle Wehr*") el remitente tiene que aceptar los riesgos de la mar como excepción –argumento adverso– por el transportista de carretera. Este último, por su parte, mantiene una doble posición jurídica. Por un lado, puede beneficiarse de las causas de exoneración de responsabilidad contenidas en la Convención alternativa (en el caso "*Gabrielle Wehr*", invocando los "riesgos de la mar" ante el remitente reclamante, como si él mismo fuera el transportista ro-ro, pero de otra parte (una vez declarado responsable) en su relación con el transportista ro-ro está vinculado por las

10 Sentencia de la Cour de Cassation de 5 Julio 1988, *European Transport Law* 1989, p. 49.

11 Vid observaciones críticas en Clarke, *op.cit.*, p. 40, note 353.

12 Clarke, *op.cit.*, p. 37-39.

13 Clarke, *op.cit.*, p. 40.

14 Clarke, *op.cit.*, p. 41, 42.

particularidades incluidas en el billete marítimo ("sea waybill"), el cual en muchos casos contiene reglas sobre indemnización más estrictas que las Reglas de La Haya-Visby

Por tanto, en muchos supuestos, la auténtica desventaja para el transportista de carretera consiste en encontrarse en la brecha entre su acción de recobro contra el transportista ro-ro y la cuantía de los daños que debe al remitente.

2.3. Caso Duke of Yare

¿Hasta dónde llega, en los Tribunales inferiores, la construcción objetivista formulada por el Tribunal Supremo en su referida sentencia?

El Tribunal de Distrito de Rotterdam¹⁵ siguió el criterio del Tribunal Supremo a su manera. He aquí los hechos del caso: Remolques conteniendo productos químicos fueron transportados por carretera, en régimen CMR, desde Holanda hasta Inglaterra. Los remolques fueron puestos a bordo del buque "Duke of Yare" para el tramo marítimo, bajo conocimientos de embarque directos ("straight-bills of lading"). Durante este trayecto marítimo, los remolques cayeron al mar debido a un huracán. Los titulares de la carga reclamaron indemnización conforme a la Convención CMR, mientras que el transportista de carretera a su vez invocó la regla exoneratoria de "riesgos de la mar" contenida en las Reglas de La Haya-Visby. El Tribunal siguió el camino trazado por el Tribunal Supremo (construcción objetivista) a primera vista, considerando que el contrato entre el transportista de carretera y el transportista ro-ro no debía determinar cómo sería el hipotético contrato entre el remitente y el transportista ro-ro. De acuerdo con las Reglas de La Haya-Visby, como han sido promulgadas en Holanda, las mismas sólo se aplican en caso de existir legislación imperativa y que haya sido emitido un conocimiento de embarque. Por tanto, el transportista de carretera tuvo que probar que, bajo esas circunstancias, el propio remitente hubiera establecido un contrato para el transporte de sus productos directamente con el transportista ro-ro y ese transporte se hubiera documentado en un conocimiento de embarque, así como que, en tal caso, los remolques no hubieran sido considerados como carga en cubierta (en el sentido de la Regla 1,c). Al revés que el Tribunal Supremo, el Tribunal inferior quiso investigar si, en el hipotético contrato entre el remitente y el transportista ro-ro, éste último hubiera emitido un conocimiento de embarque al primero, como en efecto hizo al transportista de carretera. El transportista de carretera no tuvo éxito en la realización de esta prueba, pero a pesar de ello quedó absuelto en la sentencia, al ser exonerado de responsabilidad de acuerdo con las Reglas de La Haya-Visby (aplicando la causa de exoneración "riesgos de la mar") así como el art. 17,2 de la Convención CMR (circunstancias inevitables).¹⁶

15 Sentencia del Tribunal de Distrito de Rotterdam de 1 Julio 1994, Schip & Schade 1995, 99.

16 Sentencia del Tribunal de Distrito de Rotterdam de 10 April 1997, Schip & Schade 1999, 19.

Esta forma de interpretación por el Tribunal de Distrito de Rotterdam ha sido criticada en la literatura jurídica, puesto que la investigación del hipotético contrato entre el remitente y el transportista ro-ro fue más allá de la construcción objetivista establecida por el Tribunal Supremo¹⁷.

2.4. Caso St. Clair

En los casos “Gabriele Wehr” y “Duke of Yare” se prestó mucha atención al asunto de la legislación aplicable para aclarar el concepto de “disposiciones legales vigentes”. Sin embargo, antes de ocuparnos del ya mencionado rompecabezas, recordaremos que el art. 2,1, segunda frase, de la Convención CMR establece tres requisitos que deben cumplirse antes de entrar en el campo de la ley aplicable a la responsabilidad del transportista. La pérdida o el daño a la mercancía, o el retraso en su entrega, tienen que suceder: a) durante el transporte por un modo distinto a la carretera, b) no causados por algún acto u omisión del transportista de carretera, sino c) por algún evento que sólo pudo haber ocurrido en el curso y por razón del transporte por ese otro modo.

En el caso “St. Clair” un cargamento de materiales textiles fue transportado por carretera, en régimen CMR, de Holanda a Túnez. El camión embarcó en el buque “St. Clair” en Marsella (Francia) para llevar a efecto el tramo marítimo. Desgraciadamente, todos los vehículos embarcados en ese buque –incluyendo por tanto, el que llevaba los tejidos– fueron dañados por un incendio declarado a bordo. Los titulares de la carga reclamaron indemnización al transportista de carretera conforme a la Convención CMR, mientras que dicho transportista invocó el incendio como causa exoneratoria de responsabilidad según las Reglas de La Haya-Visby (Regla 4, apartado 2,b). El primer órgano jurisdiccional en abordar este caso fue el Tribunal de Distrito de Maastricht¹⁸ el cual trató de evitar la delicada cuestión estableciendo que el transportista de carretera quedaría exento de responsabilidad bajo cualquier de los dos regímenes (art. 17,2 de la Convención CMR: circunstancias inevitables; y Regla de la Haya-Visby n^o IV, apartado,2,b: incendio, si no fue causado por efectiva culpa del transportista). El Tribunal de Apelación de ‘s-Hertogenbosch¹⁹ anuló esa sentencia, declarando que el incendio no es un evento que pueda ocurrir sólo en el transporte marítimo y por razón del mismo, como exige el art. 2,1 de la Convención²⁰. Por tanto, consideró al transportista de carretera responsable conforme al art. 17,1 de la CMR salvo que pudiese probar que el fuego había sido causado por circunstancias inevitables –art. 17,2 CMR–.

Como resultó que los peritos no pudieron determinar cuál fue la causa efectiva de ese incendio, ni tampoco el transportista de carretera pudo probar que los empleados del buque no habían sido quienes causaron el fuego (siendo el transportista de carretera responsable de los

17 A. van Beelen, Tijdschrift voor Vervoer & Recht (Periódico de Derecho del Transporte), 1997/5, p. 15-18.

18 Sentencia del Tribunal de Distrito de Maastricht (de fecha desconocida), S&S 1994, 86.

19 Sentencia del Tribunal de Apelación de ‘s-Hertogenbosch de 23 Marzo 1994, S&S 1994, 86.

20 En contra, vid Sentencia Thermo Engineers v. Ferrymasters [1981]1 Lloyd’s rep. 200.

actos u omisiones de todas aquellas personas a cuyo servicio acuda para realizar el transporte: art. 3 de la CMR), no tuvo éxito en su carga de la prueba. Y por consiguiente, fue condenado a indemnizar al remitente conforme a la Convención CMR, mientras que su acción de recobro contra el transportista ro-ro fracasó porque éste último sí pudo acogerse a dicha causa exoneratoria contenida en las Reglas de La Haya-Visby de incendio en su buque²¹. El Tribunal Supremo, a su vez²² anuló esta última sentencia en base a la consideración de que el art. 2 de la Convención CMR no exige que el evento sea típico del tramo unimodal distinto a la carretera (por ejemplo, daño por temporal). Eso sería –razonaba el Alto Tribunal– un criterio demasiado estrecho. A su juicio, basta con que el incendio causante de la pérdida de las mercancías hubiese sido causado de hecho y concretamente en el tramo marítimo²³. Apuntalando este criterio está la necesidad de evitar la desproporción entre el montante de indemnización que el transportista de carretera debe pagar al remitente por un daño causado sin su culpa y el montante de indemnización que dicho transportista por carretera percibirá del transportista marítimo en su acción de recobro contra éste. La redacción de la Convención CMR “...por un hecho que no ha podido producirse más que durante y por razón del transporte no realizado por carretera” sugiere esa misma interpretación amplia.

Por otra parte, debe admitirse que la interpretación estricta –sólo eventos típicos del otro trayecto unimodal– supondría que la condición que antes mencionamos bajo la letra c) en la práctica ocurriría sólo muy raramente. Visto con el criterio del Tribunal Supremo holandés, su sentencia es muy razonable, ¡puesto que el transportista de carretera nada tuvo que ver con aquel incendio!

En comparación con el caso “Gabriele Wehr” el razonamiento básico del caso “St. Clair” es notable: en el primer caso, estaba fundado en los intereses del remitente, mientras en el caso “St. Clair” parecen prevalecer los del transportista.

3. Conclusión

Este breve panorama de la Jurisprudencia holandesa concerniente al art. 2 de la Convención CMR muestra que las dos importantes sentencias del Tribunal Supremo (casos “Gabriele Wehr” y “St. Clair”) han sido ya tenidas en cuenta en el caso “Baltic Ferry” tal como fue enjuiciado por el Tribunal de Distrito de Rotterdam. Las sentencias del Tribunal Supremo parecen ser concluyentes, pues no ha habido otra Jurisprudencia holandesa al respecto. Para saber si estos criterios serán también aceptados en otros países miembros de la Convención CMR, hay que esperar a ver. Sólo el tiempo lo dirá.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

21 Sentencia del Tribunal de Apelación de ‘s-Hertogenbosch de 15 Febrero 1995, Schip & Schade 1995, 67.

22 Sentencia del Hoge Raad (Tribunal Supremo) de 14 Junio 1996, S&S 1996,86.

23 Vid Clarke, op.cit., p.36: no un riesgo de la mar, sino un riesgo en la mar.

LOS TRANSPORTES POR SUPERPOSICIÓN (CAMIÓN SOBRE TREN O BUQUE): EL ART. 2 DEL CONVENIO CMR EN EL CONTEXTO DE LA LOGÍSTICA DEL TRANSPORTE

por

Jan RAMBERG

*Profesor Honorario y Emérito de Derecho Privado
Universidad de Estocolmo*

Los prácticos del Derecho y los estudiantes de la carrera jurídica que no están familiarizados con las particularidades del Derecho del transporte sin duda se sorprenden ante la variedad de reglas y principios aplicables a los diversos modos de transporte. Quizá sea bueno recordar las palabras del Profesor J.G. Helm:

“El desmembramiento de sus fundamentos jurídicos y la ausencia de una doctrina sistemática han convertido el Derecho de Transportes en una materia en la que el estudiante es casi incapaz de adentrarse, el investigador sólo con dificultad y el práctico, las más de las veces, únicamente en aspectos de detalle.”¹

La situación se ha agravado por el cambio del modelo tradicional en el mercado de transporte, donde los transportistas ofrecían sus respectivos servicios mediante modos concretos: por mar, por ferrocarril, por carretera y por aire. En la era de la integración de los transportes y de la logística, ahora afrontamos especiales dificultades derivadas de la diversidad de reglas aplicables a los varios modos de transporte.² ¿Qué reglas habría que aplicar a un contrato de transporte que necesita para su ejecución varios modos de transporte? ¿Serían aplicables las reglas del modo que constituye la parte preponderante³ del transporte o sería preferible una aplicación simultánea de las diferentes reglas a cada respectivo modo?

El art. 2 del Convenio CMR, siguiendo los principios del art. 63 del Convenio ferroviario COTIF/CIM representa la segunda fórmula, y establece el esquema del concepto de responsabilidad del transportista que se ha venido a llamar “sistema red”. El Convenio CMR se aplica con carácter general, pero se admiten excepciones de la siguiente manera:

“Art. 2. – 1.- En el caso de que el vehículo que contiene la mercancía sea transportado por mar, ferrocarril, vía navegable interior o aire en una parte de su recorrido, sin ruptura de carga -salvo en el caso en que even-

1 Helm, J.G., Haftung für Schäden an Frachtgütern, Karlsruhe 1966 (Vorwort).

2 Ramberg, J., Multimodal transport – a new dimension of the law of carriage of goods? [in Etudes offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, también en Revista del Comité Marítimo Venezolano, 1982:2 pp. 223-240].

3 Cf. CISG Art. 3.2 y Opinión 4 por el Consejo Asesor CISG.

tualmente se aplique el artículo 14-, este Convenio se aplicará al conjunto del transporte. Sin embargo, en la medida en que se pruebe que la pérdida, avería o demora en la entrega de la mercancía sobrevenida durante el transporte no realizado por carretera, no ha sido causada por algún acto u omisión del transportista por carretera, y que ha sido causada por un hecho que no ha podido producirse más que durante y por razón del transporte no realizado por carretera; en tal caso, la responsabilidad del transportista por carretera no será determinada por este Convenio, sino de la forma en que se determinaría la responsabilidad del transportista que no efectuó el transporte por carretera, si se hubiera establecido un contrato de transporte entre el remitente y ese otro transportista que no efectúa el transporte por carretera, para el exclusivo transporte de la mercancía, y de acuerdo con las disposiciones legales vigentes aplicables al transporte de mercancías por ese modo distinto de la carretera. Si tales disposiciones no existen, la responsabilidad del transportista por carretera será determinada por el presente Convenio. 2.- Si ambos transportistas son una misma persona, su responsabilidad se determinará igualmente por el párrafo anterior, como si ambas funciones hubiesen sido efectuadas por dos personas distintas”.

El sistema de responsabilidad en red se puede aplicar también por vía contractual fuera del ámbito del Convenio CMR a transporte anterior y simultáneo conectado con un transporte marítimo, así como a los emisores de documentos de transporte multimodal bajo las reglas UNCTAD/ICC, y a las condiciones generales de los transitarios.⁴ El Convenio sobre Transporte Multimodal⁵ ha limitado la aplicación del principio de responsabilidad en red a los límites pecuniarios de responsabilidad para evitar el resultado que el usuario tendría que sufrir al percibir un límite indemnizatorio más bajo que el superior que podría haber recibido si el contrato se hubiera suscrito directamente con un transportista que realizase el conjunto o una parte de la operación de transporte. En las deliberaciones en curso tendentes a establecer un régimen para el transporte marítimo que sustituyera a las Reglas de la Haya y a las Reglas de Hamburgo⁶, se contemplan para los transportes realizados previa o simultáneamente en modos no marítimos, excepciones a las reglas aplicables al segmento marítimo, lo cual aún está en debate⁷ – si el futuro Convenio ha de aplicarse de puerta a puerta.

Al hablar de sistema de responsabilidad en red es importante valorar sus méritos. ¿Es el sistema red necesario para evitar conflicto entre convenios? En caso negativo, a pesar de ello ¿es necesario para proteger al

4 Vid J. Ramberg, *The UNCTAD/ICC Rules for Multimodal Transport Documents – Genesis and Contents* [in *Festschrift H. Tiberg*, Stockholm 1996].

5 Convenio internacional de Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal de Mercancías, de 1980 (no en vigor).

6 Convenio internacional para la Unificación de Ciertas reglas en material de conocimientos de embarque (“Reglas de La Haya”) de 1924, Protocolo que lo modifica, de 1968 (“Reglas de La Haya-Visby”), y Convenio internacional de Naciones Unidas sobre transporte marítimo de mercancías (“Reglas de Hamburgo”) de 1978.

7 Vid F. Berlingieri, *A New Convention on the Carriage of Goods by Sea: Port-to-Port or Door-to-Door?*, *Uniform Law Review* (UNIDROIT, Roma), 2003.

cliente contra una responsabilidad del transportista reducida? ¿O es necesaria para proteger a los transportistas contractuales para que no tengan que sufrir una responsabilidad más severa en relación a sus clientes que la responsabilidad de un transportista de hecho causante de la pérdida o del daño a las mercancías? O bien, por último pero no por ello menos importante, ¿cuáles son los efectos adversos del sistema de responsabilidad en red, en particular en el contexto de la logística del transporte?

De lo que cuentan los redactores del Convenio CMR parece que su art. 2 era necesario para evitar incurrir en el dominio de los transportistas representantes de otros modos de transporte. Sin duda, al tiempo de dicha redacción, en los años 50, lo que estaba en el centro de atención era la ejecución del transporte más que su contratación. Siendo ello así, la simple solución de aplicar el Convenio CMR sobre la base del contrato de transporte internacional por carretera fue descartada a favor del sistema de responsabilidad en red, para introducir las reglas aplicables a la ejecución por transportistas de otros modos.⁸ Otros posibles objetivos –tales como la necesidad de proteger a los clientes del transportista– no parecen haber atraído mucha atención. A pesar de todo, parece que la normativa concerniente al transporte de mercancías por ferrocarril, donde el principio de responsabilidad en red aparece en el art. 63 del Convenio CIM, constituyó la base para redactar el art. 2 del CMR. La necesidad de preservar la inviolabilidad de las reglas aplicables a los otros modos también aparece en el art. 41 del Convenio CMR, cuando declara que toda desviación de sus reglas –incluso en beneficio del cliente– será considerada nula y sin efecto. Así, la responsabilidad de los transportistas por ferrocarril y por carretera deriva de la posición que ocupan, más que del contrato. Su responsabilidad queda establecida por la ley. A este respecto, hay una fundamental diferencia en comparación con el transporte por mar y por aire. Pues, en éstos, la responsabilidad no está establecida por la ley, sino que sus Convenios aplicables determinan un nivel mínimo de protección al usuario. Por tanto, los términos contractuales que dan al cliente una protección adicional están generalmente permitidos, y no sólo mediante una declaración de valor o unos acuerdos de portes ad valorem como sucede en los arts. 24 y 26 del Convenio CMR. Si el art. 2 del Convenio CMR es interpretado estrictamente en su redacción literal, sería inaplicable al transporte marítimo y al transporte aéreo, lo que limitaría su aplicación a los sistemas de combinación carretera/ferrocarril. Según cabe suponer, esa aplicación limitada del art. 2 debe ser evitada.⁹ Si así es, el art. 2 del CMR cumpliría el objetivo de dar tanto a los usuarios como a los transportistas en régimen CMR la protección antes mencionada.

8 Vid Loewe, R., *Commentary on the Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)*, *Revista European Transport Law* (Antwerpen) 1976.

9 Vid Ramberg, J., *Deviation from the legal régime of the CMR (Art. 2)* [in *International Carriage of Goods by Road (CMR)*, Theunis, J. ed., London 1987]

El sistema de responsabilidad en red adolece del inconveniente de que la naturaleza y la extensión de la responsabilidad del transportista depende de la ejecución efectiva del transporte. En muchos casos –particularmente, cuando intervienen transitarios- los transportistas retienen el derecho a realizar el transporte como creen oportuno. Esto es generalmente aceptado por los clientes, e incluso necesario para obtener una óptima eficiencia y economía. La posibilidad de valorar el riesgo al momento del establecimiento del contrato es una base fundamental en el Derecho de los contratos. Sin embargo, el sistema de responsabilidad en red constituye una excepción a ese principio, pues no permite a las partes contratantes valorar anticipadamente la distribución del riesgo. Es discutible si las antes mencionadas ventajas del sistema red compensan este inconveniente. La protección de los usuarios puede ser lograda mediante otros medios distintos a este sistema red, por ejemplo, permitiendo acciones directas del usuario perjudicado contra los transportistas efectivos. Y la exposición de los transportistas de carretera a una responsabilidad que excede de sus derechos de recobro contra los transportistas efectivos bien puede considerarse un aceptable riesgo propio de su actividad empresarial. De todas formas, los transportistas de carretera tendrán que aceptar una responsabilidad que no incluya el derecho de recobro en los frecuentes casos en que no pueda ser probado que la culpa es de otro. Con respecto a los transportes marítimo y aéreo, los transportistas contractuales pueden estipular con los transportistas efectivos acerca de derechos de recobro que excedan los previstos en los respectivos convenios.

Incluso si el sistema de responsabilidad red sigue siendo adecuado para el transporte de mercancías que comprenda el uso de varios modos, resulta claramente inapropiado cuando el contrato incluye servicios adicionales. Si así fuere, cualquier extensión del principio red a tales otros servicios sería inaceptable. Con todo, el sistema red puede ser retenido como aplicable al estricto transporte. Salvo que la parte predominante del contrato se refiera precisamente a esos otros servicios adicionales –como seleccionar las mercancías de centros de distribución, o instalar y adaptar las mercancías en los lugares de recepción acordados-.

El desarrollo de la logística del transporte y la naturaleza de los servicios ofrecidos por terceros suministradores de servicios logísticos requiere una visión nueva.¹⁰ De hecho, es discutible si los límites indemnizatorios aplicables a las pérdidas o daños a las mercancías serían aceptables cuando el contrato se refiere a un resultado acordado de tener las mercancías entregadas justo a tiempo y adecuadamente instaladas y adaptadas más que a un transporte como tal. Los servicios de suministradores de servicios logísticos frecuentemente incluirán recibir órdenes de los compradores por cuenta de los vendedores y seleccionar las mercancías según tales órdenes de los centros de distribución, así como recibir mercancías no conformes en viaje de retorno para su adaptación o sustitución.

10 Vid Ramberg, J.: *The Law of Transport Operators in International Trade*, Stockholm 2005 pp. 176-187.

ción.¹¹ También sus servicios pueden incluir la facturación y el recibo de dinero por los compradores, no sólo de acuerdo a instrucciones de cobro contra reembolso o entrega contra documentos, sino conforme a los términos de la factura. La información relevante para las partes implicadas en el servicio logístico generalmente será comunicada por vía electrónica.¹²

Presumiblemente, un contrato relativo a los recién mencionados servicios será considerado como atípico o *sui generis*¹³ y no como un contrato de transporte dentro del marco de los actuales convenios internacionales. Siendo ello así, el Convenio CMR no sería aplicable a las relaciones entre los suministradores de servicios logísticos y el usuario, independientemente a si dicho suministrador actúa como ejecutante o como contratante, en la totalidad o sólo en una parte de la operación de transporte. La aplicabilidad del Convenio CMR quedaría limitada a la relación entre el suministrador de servicios logísticos y el transportista en viaje internacional por carretera. Si, a pesar de ello, el Convenio CMR fuese aplicable a la relación entre el usuario y el suministrador de servicios logísticos, cualquier desviación de las reglas CMR sería tenida por nula y sin efecto, de acuerdo a su art. 41. Aunque el contrato pueda contener condiciones concretas determinantes de la remuneración del suministrador de servicios logísticos según el nivel de calidad de sus prestaciones y los resultados logrados (sistema *bonus/malus*)¹⁴ con limitaciones generales de responsabilidad¹⁵, la especial responsabilidad bajo el Convenio CMR y otros convenios internacionales establecida por el art. 2 del CMR tendría simultáneamente que ser aplicada. La colisión de normas resultante de dos ámbitos distintos, como el Derecho general de los contratos y el Derecho especial del transporte sería nefasta, y pondría a prueba la pericia e imaginación de los redactores de condiciones contractuales. Si, a pesar de lo que dicen los arts. 2 y 41 del Convenio CMR, el usuario y el suministrador de servicios logísticos quisieran separarse del CMR tendrían que aceptar un complicado sistema, mediante el cual la indemnización sería pagada al cliente conforme prevé el Convenio CMR, sólo para ser restituida por una reducida compensación en función de los servicios efectivamente prestados.

11 Vid Bedeman, M. & Gattoma, J.F.: Third- and Fourth-party logistic service providers [in *Gover Handbook of Supply Chain Management*, Aldershot 2003].

12 Vid Railas, L.: *The Rise of the Lex electronica and the International Sale of Goods*, Helsinki 2004.

13 Sobre el debate de la naturaleza *sui generis* de ese contrato, vid Ramberg, J.: *The Law of Carriage of Goods – Attempts at Harmonization*, *Scand.Stud.L.* Vol. 17, 1973 p. 245, curso en aquel momento –el denominado Borrador TCM- había “entrado en un callejón sin salida”. Basedow, J. ed., *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Munich 1997 p. 361 considera el transporte multimodal como un contrato mixto („gemischter Vertrag“) más que *sui generis*. Contra, Herber, R. *TranspR* 1990 p. 4 and 7 and Fremuth, F. [in *Kommentar zur CMR*, ed. K-H. Thume, Heidelberg 1994 p. 888], rechazando la idea de que la ley obligatoria aplicable a cada segmento se aplicase, por la razón de que las partes habían acordado un transporte multimodal y no un paquete de contratos de transporte unimodales (“Bündel unimodaler Beförderungsverträge”).

14 Vid Gran, A.: *Vertragsgestaltung im Logistikbereich*, *Transportrecht* 1-2004 at p. 11.

15 Vid Ramberg, J.: *Breach of Contract and Recoverable Losses* [in *Making Commercial Law, Essays in Honour of Roy Goode*, Oxford 1997 pp. 191-200].

La conclusión es obvia: el art. 2 del Convenio CMR parece fuera de lugar cuando hablamos, no de transporte puro, sino de de servicios logísticos. El remedio para evitar su aplicación estaría en considerar el contrato de servicios logísticos como un contrato atípico o sui generis. Después de todo, ello no supondría más que restringir la aplicación del Derecho de transportes a la ejecución del riguroso desplazamiento, y evitar que las reglas del Derecho de transportes trasciendan al ámbito del Derecho general de los contratos.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

EL ART. 3 DE LA CONVENCIÓN CMR: UN CASO "CONCRETO" DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA, QUE RESULTA SER EL MÁS HABITUAL¹

por

Justin E. J. HEMMES

*ex-Jefe de la Asesoría Jurídica de la
Asociación Holandesa de Transporte -NOB-
ex-Miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la IRU
(Amsterdam)*

En mi juventud en Holanda aprendí una canción, escrita a mediados del siglo XIX, que trataba de dos carreteros que conducían sus propios carros por un camino de tierra, tirados por caballos. Uno de los carreteros se quedó dormido en el curso del viaje, su carro se salió del camino y se mató; el otro carretero -a pesar del temporal de nieve que sufrían- llevaba bien las riendas, dándose cuenta de su responsabilidad, y llegó a su destino con su carga, ambos sanos y salvos.

Hoy en día ya no transportamos personas y mercancías por medio de carros de caballos, pero hasta la fecha el hecho jurídico de ser responsable no ha cambiado; la responsabilidad del transportista sigue siendo un factor de gran importancia. Y las consecuencias son muchas veces incalculables, sobre todo cuando el transportista se sirve de uno o más transportistas subcontratados.

Por eso, la Convención reguladora del transporte internacional por carretera, aprobada en Ginebra el 19 Mayo 1956 -CMR- incluye su capítulo II -"Personas de las cuales responde el transportista"-, que consta de único artículo: el art. 3. Cuyo texto es el siguiente:

"A efectos de aplicación de este Convenio, el transportista responderá igual que de sus propios actos y omisiones, de los actos y omisiones de sus empleados y de los de todas las otras personas a cuyo servicio recurra para la ejecución del transporte, cuando tales empleados o tales otras personas estuviesen en el ejercicio de sus funciones".

Lo extraño es que el título del capítulo II y el contenido del artículo 3 no se corresponden exactamente. El título del capítulo parece partir de la suposición de que el transportista no respondería por los actos y omisiones de estas personas. Sin embargo, leyendo el artículo 3 resulta que el transportista asimismo responde por los actos y omisiones de éstos.

¹ Desde el primer momento que D. Francisco José Sánchez-Gamborino me pidió colaborar en un libro, que sería un homenaje a su difunto padre y buen amigo mío, le anuncie mi voluntad de hacerlo, dentro del marco de mis posibilidades. Los encuentros frecuentes en Ginebra y en otras ciudades, con motivo de las reuniones jurídicas de la Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU) además de muchos otros contactos privados, han dejado en mí muchos recuerdos gratos y amistosos, que se unen a mi respeto más profundo por su conocimiento del aspecto jurídico del mundo de transporte. Todo ello me ha hecho tomar la decisión de colaborar en la realización de este libro.

El artículo protege al remitente de dificultades si hay problemas en la ejecución del transporte. Para él sería imposible investigar y seguir la cadena de transportistas subcontratados a fin de saber quié debate ser el culpable. En lugar de eso, puede reclamar directamente al transportista a quien él ha entregado las mercancías, como responsable.

Obviamente, hay una estrecha relación estrecha entre este art. 3 y el art. 17, primero del Capítulo IV de la Convención CMR, que trata sobre "Responsabilidad del transportista".

El art. 17 en su apartado 1 dice muy claro que

"El transportista es responsable de la pérdida total o parcial y de las averías, que se produzcan entre el momento de la toma en carga de la mercancía y el de su entrega, así como del retraso en su entrega."

Por eso, en mi opinión, el art. 17 debería tener la prioridad en el orden del articulado de la Convención. Pues en este artículo, y especialmente en el primer apartado, trata de los factores fundamentales del transporte: recibir, transportar, entregar y responsabilizarse de la operación.

Como dice Sánchez-Gamborino, "Quizá no hubiese sido necesario dedicar todo un capítulo a una única previsión, que podría haberse incluido en otro (por su materia parece lugar sistemáticamente adecuado el capítulo IV, sobre responsabilidad del transportista)"².

El art. 3 es solo "un caso concreto", dentro de los eventos que caen bajo la responsabilidad del transportista: pero en realidad es el supuesto más frecuente, en que el transportista no actúa por sí mismo, sino por medio de sus empleados, o de otras personas, como transportistas subcontratados. El art. 3 aclara que, en este habitual proceder, el transportista no deja de ser responsable.

El art. 3 podría haber sido un apartado más del art. 17.

Lo mismo que por ejemplo ya lo es el apartado 3 de ese art. 17, sobre subsistencia de su responsabilidad en caso de fallo mecánico en el vehículo de transporte.

Por otra parte, el texto del artículo 3 de la Convención CMR se presta a hacer diversas interpretaciones. Primero, porque cada país ha traducido los textos originales de la Convención (francés e inglés) en su propio idioma; y segundo, porque incluso el texto original es susceptible de ser interpretado de diferentes maneras.

² SANCHEZ-GAMBORINO, F.J.: "El contrato de transporte internacional. CMR". Editorial Tecnos. Madrid, 1996, nº 200, p. 70.

En general, una traducción difícilmente expresa todos los matices del texto original. Pero además, en el caso de la Convención CMR, sucede incluso que entre los dos textos originales hay diferencias: por ejemplo, la palabra francesa "préposés" (una única palabra, en el original) –"encargados"- no equivale exactamente a las palabra inglesas "agents, servants" (dos palabras, en el original, ¿por qué dos?) –"agentes y servidores"-, que parecen: más amplia la primera, más restrictiva la segunda.

Muchas veces se tiene que buscar una paráfrasis para aproximarse a la idea de la palabra.

Recordemos el caso del art. 29: en francés, "faute" –culpa, a secas- (después se explica que según la Jurisdicción que estudie el caso equivalga a dolo); en inglés, "wilful misconduct" (con igual explicación posterior) –que ya incluye la idea de voluntariedad: "wilful"-.

Por cierto, que –como es sabido- dicho art. 29 de la Convención CMR en su apartado 2 extiende la no aplicabilidad de exoneraciones o límites de responsabilidad a los casos de dolo o culpa grave de estos empleados o profesionales subcontratados. Dice así:

"Esto mismo se aplicará al dolo o a esa culpa de los empleados del transportista o de cualesquiera otras personas a cuyo servicio el transportista haya recurrido para la realización del transporte, siempre que éstos actúen en el desempeño de sus funciones. En tal caso, dichos empleados o dichas otras personas no tendrán derecho a prevalerse, en lo que respecta a su responsabilidad personal, de las disposiciones del presente capítulo mencionadas en el apartado anterior".

Se observa en este art. 29,2 la misma diferencia de expresión entre las versiones francesa –"préposés"- e inglesa –"agents, servants"-.

Lo mismo sucede en otras lenguas, por ejemplo, volviendo al art. 3; en español, la traducción "empleados" o en holandés "ondergeschikten".

En general, los iniciados en la materia saben aproximadamente la significación de la palabra en su contexto pero incluso palabras aparentemente muy claras pueden provocar una causa judicial, que a su vez cree jurisprudencia. Ello ha pasado y seguirá pasando en el futuro.

Así, poco a poco, las palabras de una significación dudosa, tanto en contenido como en sentido, pueden a su vez generar nuevas dudas, si no se acude cada vez a la lengua original.

Otro aspecto a destacar en del artículo 3 de la Convención CMR es la discrepancia que se puede observar en el texto. De su literalidad se podría pretender que el transportista responderá:

a) primero, de los actos y omisiones de sus empleados cuando éstos realizan actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones, y

b) segundo, de los actos y omisiones de todas las otras personas "a cuyo servicio el transportista recurra para la ejecución del transporte" y que realizan actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones.

¿Quiere decir que para la responsabilidad de los empleados no es necesario que el transportista haya recurrido a ellos para la ejecución del transporte, porque la última condición -que el transportista recurra a ellos- es solo vigente para "todas las otras personas"?³

Que cada cual responde de los actos y omisiones de sus empleados no es una regla específica para transportistas sino para cualquier empresario. Y viene de la simple relación de autoridad y división del trabajo.⁴

El transportista puede conducir su propio vehículo, lo que sólo acontece en el caso de los transportistas "autónomos".

Incluso un "autónomo" puede contratar a un conductor. En ese caso, ya se aplicaría el art. 3

Y desde luego, cuando -como casi siempre sucede- el transportista es una sociedad, en que los camiones son llevados por empleados de la sociedad transportista.

En tales casos, es incuestionable que el transportista responda de los actos de sus conductores.

Esta es la primera aplicación del art. 3 de la CMR.

Por otra parte, en el mundo del transporte de mercancías por carretera, casi siempre hay relación entre transportistas y transportistas subcontratados, los cuales a su vez se sirven de conductores.

En el transporte internacional el hecho de entregar las mercancías a un subcontratado es la situación más frecuente.

Si el acto es causado por un transportista subcontratado, esta será una segunda aplicación del art. 3: el subcontratado será una de esas "otras personas" a cuyos servicios el transportista ha acudido.

Pero hay más supuestos: si el conductor causante del daño no es un empleado del transportista, sino de un subcontratado a la cual el transportista ha recurrido también en ese caso estamos en la categoría de "otras personas".

3 HILL, D.J. & MESSENT, A.D.: "CMR: Contracts for the international carriage of goods by road". Lloyd's of London Press Ltd . London, 1984; p. 29.

4 En España, arts. 292 y 293 del Código de Comercio y art. 1903 del Código Civil; en Holanda, B.W. 6 art. 170 (6.3.2.2)

Así pues, tanto los transportistas subcontratados como sus conductores forman parte de "otras personas a cuyo servicio el transportista ha recurrido para la ejecución del transporte" del artículo 3.

Pero ese grupo de "otras personas" puede ser aún más diferenciado. En realidad, se extiende a cualesquiera empresarios independientes, en su máxima amplitud, a que el transportista diariamente acude.

La única excepción sería la de lo que la Convención CMR denomina transportistas sucesivos. Pues en tal caso entra en juego el art. 34, según el cual

"Si un transporte sometido a un solo contrato es ejecutado por sucesivos transportistas por carretera, cada uno de éstos asumirá la responsabilidad por la ejecución de la totalidad del transporte; el segundo transportista y cada uno de los siguientes, por la aceptación de la mercancía y de la carta de porte, llegan a ser partes del contrato en las condiciones expresadas en la carta de porte".

Es decir, que entonces -y sólo entonces- surge una responsabilidad solidaria entre transportistas, y el usuario puede reclamar contra cualquiera de ellos.

En todos los demás casos -los del art. 17 y concordantes- el sujeto pasivo de la reclamación será única y exclusivamente el transportista principal o contratante.

A mi modo de ver, pues, la mayoría de problemas que en la práctica pueden surgir los originan precisamente esas "otras personas", a cuyo servicio el transportista recurre para la ejecución del transporte que "realizan actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones".

Y ello -según el art. 3- en la forma más amplia. Ni siquiera con limitación al ámbito contractual. El transportista respondería, por ejemplo, en caso de intervención personas que asistan a un accidente en la carretera para hacer lo posible por continuar el transporte.⁵

No es necesario que una persona, que ayuda en dicho caso, es un empleado del transportista ni un transportista subcontratado: basta con que sea "otra persona".

La única limitación, como hemos dicho, es que esos empleados u "otras personas", actúen "en el ejercicio de sus funciones".

⁵ LOEWE, R.: "Commentary on the Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road". United Nations (ECE/TRANS/14). Genève, 1975; nº 63, p.. 20.

Por eso, por ejemplo, si un empleado del transportista, que obviamente fuera de su trabajo profesional, roba mercancías en el almacén de la empresa de transporte, este robo no puede ser de responsabilidad del transportista. ¡No se puede decir que estuviera actuando "en el ejercicio de sus funciones"!⁶

Pero sí en cambio -por virtud del repetido art. 17- cuando por ejemplo hay daño en la mercancía como consecuencia de un accidente, aunque su chofer había tomado una ruta prohibida por el transportista.

En fin, la casuística es enorme, y los artículos sobre responsabilidad que contiene la Convención CMR no siempre dan una solución clara. ¡Trabajo para los jueces en pro de la claridad!

6 DONALD, A.E.: "The CMR". Derek Beattie Publishing. London, 1981; nº 34, p. 12.

LA CARTA DE PORTE CMR, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA Y DE OTROS PAÍSES¹

por

Barthélemy MERCADAL

*Profesor agregado de las Facultades de Derecho francesas
Profesor honorario del Derecho Mercantil y de los Transportes
en el Conservatorio Nacional de Artes y Oficios (Paris)
Ex-Director Científico del Instituto de Derecho Internacional
de los Transportes IDIT (Rouen)*

1. El transporte internacional por carretera, según el régimen de la Convención internacional aprobada en Ginebra el 19 Mayo 1956, más conocida por los profesionales por sus iniciales «CMR», de la cual fue buen conocedor y estudioso la persona a que va dedicado este ensayo, supone el establecimiento de una carta de porte que documenta la orden de transporte y sus condiciones.

Es el art. 5 de la Convención el que la entroniza y prescribe su establecimiento. En particular, dispone que la carta de porte debe ser emitida en tres ejemplares originales, de los cuales uno es para el remitente, otro para el transportista y el tercero acompaña a la mercancía y es entregado al destinatario. El documento debe ser firmado por el remitente y por el transportista, pudiendo su firma ser reemplazada por un sello (art. 5,1 de la Convención).

Estas previsiones han llevado a los Tribunales de todos los países que han visto litigios nacidos de la CMR a considerar la carta de porte como un documento clave de los contratos de transporte regidos por la Convención, y a conferirle un papel determinante, aunque no exclusivo, para zanjar las controversias surgidas tanto de la fase de establecimiento como de ejecución de tales contratos.

A) La carta de porte y la conclusión del contrato de transporte.

2. El primer efecto de la carta de porte internacional es garantizar, desde el momento en que se establece, la propia aplicación de la Convención CMR, por el solo hecho de adquirir en el documento la calidad de transportista (Cass. com. 17-12-1980: Bull. civ. IV n° 432)², claro está, siempre que igualmente concurren las otras condiciones de aplicación o que

1 Este artículo ha sido redactado para honrar la memoria del Abogado D. Francisco Miguel Sánchez Gaborino, que dedicó su vida profesional al transporte por carretera ; lo que hago complacido en recuerdo de las excelentes relaciones de amistad y colaboración que siempre nos unieron, y que me ayudaron a hacer más conocido el Instituto de Derecho Internacional de los Transportes (IDIT, Rouen) en España. También me satisface que, también tras la desaparición de D. Francisco Miguel su hijo y colega D. Francisco José –corresponsal del IDIT- sigue su Despacho y fielmente su línea profesional, coordinando ahora el presente libro «In Memoriam».

2 Dada la variedad de referencias a distintos Tribunales de diversos países, e incluso fuentes donde las Sentencias han sido publicadas, hemos preferido dejar en todos los casos –referencias entre paréntesis- las abreviaturas originales puestas por el autor (N. del T.)

quede establecida la voluntad de las partes de someterse a la Convención, incluso en caso de un servicio de transporte nacional (Cass. com. 1-7-1997: RJDA 12/97 n° 1489). De todas formas, incluso en ese caso, la CMR no resulta aplicable si se prueba que las partes no han querido someterse a la misma (CA Versailles 17-1-2002: BTL 2002.199; en contra, CA Anvers 4-1-1977: DET 1977.843), de lo cual se deduce que los Tribunales no hacen de la aplicación de la CMR una regla de «orden público».

La carta de porte no es una condición indispensable para la existencia del contrato de transporte internacional CMR, ya que –art. 4 CMR– la ausencia, la irregularidad o la pérdida de tal documento no afectan ni a la existencia ni a la validez del contrato de transporte, que a pesar de esas circunstancias sigue sometido a las disposiciones de la Convención (Cass. com. 17-2-1970: BT 1970.158; Cass. com. 21-11-1995: RJDA 2/96 n° 216; Hof van Beroep te Brussel 16-11-1977: DET 1980.319); lo mismo sucede en presencia de un albarán («bordereau») de expedición previendo un contrato de extremo a extremo, del cual los Jueces dedujeron la común intención de las partes de someter la integridad del transporte a la Convención, observándose que los propios Juzgadores no han tenido en cuenta la ruptura de carga como un elemento opuesto a esa aplicación global (CA Paris, 30-6-200: BTL 2004.536).

A la inversa, la carta de porte puede servir como indicadora de que la voluntad de las partes es someter el transporte de extremo a extremo a la CMR y hace ineficaz la ruptura de carga en que consiste el hecho de la sustitución del primer transportista (CA Paris 7 mars 2001: BTL 2001.322).

En sentido contrario, cuando con ocasión de un transporte la ruptura de carga va acompañada de la creación de un documento distinto de la carta de porte, en este caso, una «hoja de ruta», firmada por el primer transportista y por el transportista sustituto, de ello resulta la voluntad de las partes de descartar la aplicación de la CMR de extremo a extremo (Cass. com. 2 mai 2001: BTL 2001.360).

3. La carta de porte también es considerada como una señal que fija la calidad de parte en el contrato de transporte CMR.

De un lado, la omisión del nombre de un operador económico en la carta de porte se considera suficiente para descartar su condición de parte en el contrato de transporte; tal es el caso de quien ha cuidado del transporte de extremo a extremo, incluso si él mismo ha realizado la fase terminal del desplazamiento, entre el muelle de desembarco en Marsella y los almacenes del destinatario en esa misma ciudad, desde el momento en que hubo facturado globalmente un transporte Casablanca-Marsella, que su nombre no aparece en la carta de porte y que él no era propietario del vehículo, matriculado en el extranjero (CA Aix-en-Provence 13 février 1997: BTL 1997.570); también del propietario de la cosa transportada cuyo nombre no constaba en la carta de porte, lo cual viene en apoyo de otros hechos en el mismo sentido (CA Toulouse, 2e ch., 8-6-2004: JCP G 2005 IV 1325) o incluso del receptor de la mercancía que no consta mencionado en la carta de porte en calidad de destinatario, pues en

tal supuesto, la estampación de su sello en la casilla 24 titulada «mercancías recibidas» no lo convierte en parte del contrato de transporte (CA Angers 3-2-2004: Transidit 2004 n° 41 § 61, de lo que deduce que el transportista no puede reclamar a ese receptor el pago de la deuda resultante de la carta de porte en aplicación del art. 13 § 2 de la CMR).

De otro lado, la presencia de un nombre en la carta de porte puede revelar la calidad de parte en el contrato de transporte, concretamente, aquel que se pretendía mandatario de quien encarga el transporte ha sido considerado verdadero remitente, por el hecho de que su nombre aparecía en el documento sin ser acompañado por la mención «por cuenta de» (T. com. Le Creusot 21-12-2004: BTL 2005.107) y el receptor de una mercancía transportada por vía marítima que se ha puesto como remitente en la carta de porte que él mismo había creado, se ha convertido en parte del contrato de transporte, lo cual a su vez ha repercutido como término en el transporte marítimo (CA Paris, 5e ch. A, 23 juin 1999: BTL 1999.666).

Pero la mención de un nombre no es por sí misma decisiva: la persona cuyo nombre ha sido inscrito en la carta de porte como transportista puede probar que no actuaba más que como arrendador del vehículo, y que el verdadero transportista es el arrendatario, ya que es éste último quien dió todas las instrucciones relativas a la ejecución del contrato de transporte (Cass. com. 1-12-1992: BTL 1992.790; Oberster Gerichtshof Osterreich 8-9-1983: DET 1985.282).

4. Las menciones de la carta de porte son también determinantes de las reglas que serán después aplicables al transporte en cuestión.

En caso de daños materiales, el montante de la indemnización puede ser así deducido de la declaración de valor que, contra pago de un suplemento del precio del transporte, puede ser inscrita en la carta de porte (art. 6,2.d y art. 24 de la Convención).

La declaración de valor mencionada en un documento establecido unilateralmente por el remitente, sin siquiera contener estampado el sello del transportista, no puede ser tenida en cuenta (CA Paris 15-12-1977: BT 1978.53). Pero la declaración de valor ha sido admitida desde el momento en que la orden de transporte comportaba el precio de la mercancía, incluso sin importar que no se haya aportado prueba del correspondiente pago del suplemento de porte (CA Paris 28-2-2001: BTL 2001.210).

A falta de mención expresa en la carta de porte, la declaración de valor no es oponible a tercero, sino a condición de que su existencia se pruebe, por cualquier medio, por aquél que pretende beneficiarse de ella (CA Paris 9-7-1980: BT 1980.449). Esta prueba no se considera aportada cuando la factura sobre la que figura dicha declaración, ha sido establecida únicamente para la Aduana (CA Paris 9-7-1980, ya citada).

En caso de daños distintos a los materiales, consecuentes a una pérdida o una avería, la mención en la carta de porte de un interés especial en la entrega, contra pago de un suplemento en el precio del transporte,

resulta concluyente, como igualmente lo es a efecto de ser indemnizado por las consecuencias de un retraso en una cantidad superior al equivalente al precio del transporte –art. 6,2,d y art. 26 de la Convención- (CA Paris 9-7-1980: BT 1980.449; Bundesgerichtshof 14-7-1993: DET 1993.917), salvo que se demuestre la falta de pago (cf. Cass. com. 10-7-1989: BT 1989.591: prueba no aportada). Pero para producir su efecto, esa mención debe ser explícita: la inscripción en la carta de porte de una fecha imperativa de entrega con mención de que «esa fecha vale como interés especial a la entrega» en la casilla titulada «Instrucciones a los transportistas» no tiene efecto alguno puesto que ninguna cuantía de dicho interés ni ningún suplemento de precio fueron previstos (CA Montpellier 19-2-1987: BT 1987.578).

La existencia de una cobertura de seguro para la mercancía transportada depende también de las instrucciones dadas por el remitente al transportista mediante una mención en la carta de porte –art. 6,2,e de la Convención CMR-.

5. Pero la carta de porte no es en toda circunstancia el elemento exclusivo susceptible de establecer la existencia de un transporte CMR.

La carta de porte sólo hace fe hasta que se pruebe lo contrario, respecto a las condiciones del contrato y a la recepción de la mercancía por el transportista (Cass. com. 29-10-1991: RJDA 1/92 n° 40; para un ejemplo de prueba en contrario, CA Colmar 23-10-1993: BTL 1993.578) así como de la calidad de transportista y no de comisionista de transportes (CA Paris 23-11-1995: BTL 1996.257) y del compromiso contractual del remitente (CA Paris 8-11-1995: BTL 1996.132). La presunción aparejada a la carta de porte ha sido también reconocida en Gran Bretaña (Queen's Bench Division Royaume-Uni 8-6-1990: DET 1991.671). En Alemania, a una carta de porte firmada por una sola de las partes puede atribuirse fuerza probatoria derivada de un acto sin legalizar, conforme al Derecho procesal (Bundesgerichtshof 17-4-1997: DET 1998.427).

En definitiva, la prueba de que un contrato de transporte internacional, en el sentido de la Convención CMR, ha sido establecido, así como su contenido, puede ser hecha por cualquier medio, por ejemplo, la emisión de una oferta de servicio por el transportista, o la de una orden de carga con instrucciones por el remitente (CA Paris 27-6-1979: BT 1979.440).

Esta regla, en la práctica, lleva a conferir a la carta de porte una función esencial para apreciar si la ejecución del contrato de transporte ha sido o no conforme a lo estipulado entre las partes.

B) La carta de porte y la ejecución del contrato de transporte.

6. El transporte sometido a la CMR debe ser ejecutado conforme a las indicaciones contenidas en la carta de porte. Es, pues, imperativo para los interesados en ese transporte velar por el respeto a las soluciones que los Tribunales han derivado de las desavenencias que los transportes internacionales engendran. La Jurisprudencia de los países en que la CMR es aplicable viene regularmente pronunciándose sobre tales cuestiones.

7. En primer lugar, las partes tienen que estar bien atentas a la redacción de la carta de porte. La falta de carta de porte puede ser considerada como una culpa grave equivalente a dolo por parte del transportista, por tanto agravando su responsabilidad (cf. CA Paris 9-7-1980: BT 1980.449) y si las menciones impuestas por la Convención CMR no son respetadas, el título establecido no valdrá como carta de porte, tal es el caso por ejemplo, de un documento aduanero (Amsterdam 4 janvier 1985, *Ship and Shade* 1985.som.123).

La carta de porte, incluso correctamente redactada, tampoco valdrá como título CMR respecto a aquel a quien no es oponible; es lo que sucede cuando la carta es establecida por el transportista pues entonces no es oponible a aquel que en ella está designado como remitente (CA Paris 11-6-1974: BT 1974.319; Bundesgerichtshof 16-10-1986: DET 1987.56) conviene dejar al remitente –como es en principio el caso (CA Grenoble 13-3-1980: BT 1981.306) - la iniciativa de su emisión. La carta de porte igualmente no es oponible a otro transportista, salvo si la ha aceptado (T. com. Bruxelles 11-5-1987: DET 1988.720, precisando también que no es tal el caso si el segundo transportista ha hecho figurar sus referencias personales o emitido una nueva carta de porte).

8. Adoptada la referida precaución, las partes en principio son libres para formular la carta de porte como mejor les parezca, siempre que incluyan las menciones requeridas por el art. 6,1 de la Convención. El incumplimiento de esas exigencias son sancionadas por los Tribunales, aunque con realismo.

Tratándose del transporte de mercancías peligrosas, y si no es cumplida la obligación impuesta al remitente por el art. 22 CMR de mencionar la naturaleza exacta del peligro y las precauciones a adoptar, los Tribunales no dudan en reconocer al transportista su derecho en todo momento a destruir, descargar o convertir en inofensiva tal mercancía, y ello sin dar lugar a indemnización alguna (CA Bruxelles 25-1-1978: BT 1978.429). De todas formas, esta medida solo se aplica con buen sentido, y teniendo en cuenta si el remitente es o no culpable de no haber explicitado suficientemente en la carta de porte ese carácter peligroso de la mercancía cuando el transportista ha podido conocer esa naturaleza por otros medios (Cass. com. 16-10-1990: BT 1990.797).

Sin embargo, no sancionan de manera estricta la falta de mención de que, pese a cualquier cláusula de sentido contrario, el transporte está sometido a la Convención CMR; así, el hecho de que en un transporte internacional por carretera, una carta de porte fuera establecida conteniendo la inscripción «transporte aéreo» no impide que ese transporte sea en efecto regido por la Convención CMR (Hof van Beroep te Brussel 16-11-1977: DET 1980.319).

9. Desde el momento en que la carta de porte queda establecida, tanto al remitente como al transportista interesa verificar escrupulosamente las menciones del documento, pues el mismo atestigua la recepción de la mercancía por el transportista (Cass. com. 29-10-1991: RJDA 1/92 n° 40) y la conformidad del transportista con las inscripciones de la carta en cuanto al número de multos, sus marcas y sus números (Cass. com. 10-7-1990: BT 1990.697). Si el transportista entrega en destino una mercancía

de menor calidad o en inferior cantidad que la que corresponde a las menciones de la carta de porte, estará obligado a indemnizar por esa pérdida o esa avería, salvo que demuestre que el daño existía al momento de la toma en carga o que es imputable a un hecho que le exonera de responsabilidad (Cass. com. 2-2-1982: BT 1982.152) o que el vicio no era aparente y que no le es imputable (CA Besançon 27-10-1999: BTL 2000.94).

Por eso las partes del contrato de transporte deben verificar las menciones relativas al número de bultos, y a sus marcas y números, y –conforme al art. 8 de la Convención- están obligados a hacer constar cualquier discordancia sobre la propia carta de porte.

Esta obligación no es sin embargo sistemáticamente por los Tribunales. El transportista solo debe verificar la exactitud de las menciones relativas al número de bultos, sus marcas y sus números; no está obligado a comprobar la exactitud del peso mencionado en la carta de porte por el remitente; la declaración del peso no compromete más que la responsabilidad del propio remitente y el retraso consecuente al bloqueo de la mercancía en Aduana por el hecho de la sobrecarga no es por tanto imputable al transportista (CA Paris 6-6-2002: Transidit 2002 n° 35 § 120). Además, el transportista que no tenga los medios razonables para verificar las menciones de la carta de porte relativas al número de bultos, y sus marcas o números, y el estado aparente de la mercancía y su embalaje, tiene la facultad de inscribir reservas motivadas (CA Paris 19-9-1979: BT 1979.481), a condición, además de su aceptación por el remitente, que lo especifique así en la carta de porte: que no tiene medios razonables para realizar estas verificaciones (CA Paris 5-4-1990: BTL 1991.223); en defencto de esa inscripción, el transportista será hecho responsable de las pérdidas que se constaten a la llegada, incluso si no se ha probado ni alegado que el precinto de plomo puesto en el remolque ha sido roto o cambiado durante el tiempo que media entre la carga y la descarga de dicho remolque (CA Grenoble 27-2-2002: BTL 2002.202). El transportista tampoco puede descargarse de responsabilidad mencionando en la carta de porte que en caso de transporte mediante remolque provisto de precinto de plomo no se hace responsable ni de la cantidad ni de la calidad de la mercancía, pues las cláusulas exoneratorias de responsabilidad son nulas en el marco de la Convención CMR (CA Grenoble 27-2-2002: ya citada).

Por otro lado, el responsable del establecimiento donde se efectúa la carga automática de mercancías peligrosas no tiene obligación de controlar los documentos de transporte, pues el art. 5 § 3 del Acuerdo ADR de 17 Septiembre 1998 le dispensa de ello (CA Paris, 11e ch. A, 13-1-2003: BTL 2003.338, solución transponible al texto del nuevo Acuerdo ADR, solo cambiando el número del artículo, que ha pasado a ser el 4).

10. Los Tribunales también prestan atención a la carta de porte a efectos del pago de los portes o precio del transporte. Por ejemplo, ha sido decidido que la falta de referencia expresa en una carta de porte a que este precio o portes debe ser pagado por el remitente, se interpreta como que esos portes son a cargo del destinatario (CA Montpellier 27-5-2003: BTL 2003.438).

Los Tribunales franceses, a nuestro criterio, no deberían asimilar la carta de porte CMR a la carta de porte nacional cuando a ellos acude un transportista en régimen CMR, demandando que se le reconozca la posibilidad de ejercer la «acción directa» en pago contra un comisionista de transporte, prevista en favor del transportista por el artículo L 132-8 del Código de Comercio francés. Cuando el transportista ha establecido un contrato de transporte CMR con un comisionista, a nuestro entender no puede aprovechar esta «acción directa», pues esta acción deriva, según el propio texto legal, de la carta de porte, que forma un contrato de transporte entre remitente, destinatario, transportista y comisionista. Pero aquí se trata sólo de un contrato de transporte nacional, y la ley francesa queda subordinada a la autoridad superior de los Convenios internacionales (artículo 55 de la Constitución francesa). La acción directa no puede por tanto derivar de la carta de porte CMR, cuya Convención en ningún lugar dice que exista un contrato entre tales personas ni que se creen otros vínculos que entre el transportista, el remitente y el destinatario; por tanto, el contrato de comisión no puede ser invocado por las partes de un contrato de transporte CMR (Cass. com. 12-5-1981: BT 1981.355). Sin embargo, lo contrario ha sido declarado en razón a que el contrato de comisión está sometido a la ley francesa (CA Versailles 23-5-2002: BTL 2002.472, permitiendo al transportista prevalerse del contrato de transporte contra quien encarga el transporte por cuenta del comisionista). Pero el Tribunal Supremo -Cour de cassation- después ha precisado que la obligación de pago del precio de un transporte en régimen CMR debe ser apreciada en el marco de la propia Convención CMR y no en el del artículo L 132-8 del Código de Comercio (Cass. com. 26-11-2002 n° 1966: RJDA 4/03 n° 383), lo cual excluye la aplicación de este último citado texto cuando el transportista ha establecido el contrato de transporte directamente con quien encarga el transporte (en contra, CA Versailles 3-4-2003: BTL 2003.586, aplicando el artículo L 132-8 por cuanto la ley francesa rige el transporte en razón a la sede social del transportista establecido en Francia en el momento de la conclusión del contrato y de la entrega en este país). A los remitentes y a los destinatarios de un contrato de transporte internacional queda el recurso de explotar la carta de porte CMR descartando la reclamación del transportista que no es parte en dicho documento contra ellos, pues, en nuestro conocimiento, aún no ha sido sentenciado por nuestro Tribunal Supremo que la disposición del citado artículo L 132- 8 sea de «orden público» internacional francés.

11. Otra función de la carta de porte aparece en caso de la entrega en destino de la mercancía contra reembolso. La obligación del transportista internacional de no entregar la mercancía si no es a cambio de la cantidad fijada por quien encargó el transporte sólo existe si en la carta de porte así se expresa de manera inequívoca. Así, han sido consideradas como menciones obscuras fórmulas tales como «contra documentos para saldar nuestra factura» (CA Paris 21-10-1970: BT 1970.367); la mención «pago contra documento» existente sobre la factura de las mercancías entregada al transportista (CA Paris 19-1-1978: BT 1978.161); o la mención en la carta de porte a un comisionista de transporte como destinatario por cuenta de un banco, en ausencia de aviso confirmatorio de la misma (CA Paris 13-5-1980: BT 1980.371).

En cambio, la mención «pago contra documentos», expresada sobre el título de transporte y completada por otra mención «original legs docs attached» significando que los documentos habían sido adjuntados a la carta de porte, ha sido considerada como indicadora de un mandato de entregar la mercancía contra pago de su precio (CA Paris 6-11-1985: BT 1986.94: en materia de transporte aéreo pero susceptible de trasposición por analogía al transporte por carretera en régimen CMR).

12. Pero de todas las funciones que juega la carta de porte CMR, la que merece más atención se refiere a su utilidad en la indemnización de los daños sufridos por la mercancía transportada y a la determinación de la eventual responsabilidad del transportista.

13. Esto comienza por la prueba de la realidad del daño invocado. Cuando el destinatario acepta la entrega de la mercancía sin poner reservas o sin verificación bilateral con el transportista acerca del estado de la mercancía, se presume que la misma se le ha entregado en el estado descrito en la carta de porte (art. 30,1 de la Convención CMR), lo cual también sucede cuando las reservas no son válidas, por ejemplo, por haber sido hechas mediante telex (CA Douai 16-1-1997: BTL 1997.103) o porque son imprecisas, como las que consisten en la sola mención «20 toneladas neto» inscrita sobre la carta de porte en circunstancias indeterminadas, no habiendo sido reconocida tal indicación como prueba de que el transportista no hubo entregado los 22.000 kilos de peso neto mencionados en la carta de porte como tomados en carga (CA Paris 10-11-1999: BTL.1999.823). Para evitar tales decisiones, la actitud más recomendable al receptor es inscribir sobre la carta de porte las reservas que considere debe formular a la descarga (Cass. com. 29-4-1975: BT 1975.298). Este procedimiento no es sin embargo exclusivo: se han tenido en cuenta reservas puestas sobre otros documentos, como un recibo de depósito o «warehouse receipt» (CA Paris 26-10-1982: BT 1982.593) o sobre un vale de entrega incluso sin firmar (CA Paris 8-1-1974: BT 1974.201) e incluso formuladas por un transportista intermediario respecto a su predecesor (T. com. Paris 13-3-1972: BT 1972.230).

A la inversa, el destinatario puede invocar la pérdida de la mercancía transportada y oponer la carta de porte al transportista si en ella no consta ninguna reserva puesta por éste al momento de la toma en carga (vid supra nº 9).

14. En caso de utilización de vehículos no entoldados y estando dicha utilización prevista en la carta de porte, el destinatario sufrirá la presunción –que por tanto beneficia al transportista– de que el origen del daño se encuentra en los fenómenos atmosféricos (art. 17,4 de la Convención CMR).

Por su lado, el transportista sufrirá las consecuencias de otras menciones de la carta de porte. Así, no puede oponer al derechohabiente sobre la mercancía defectos en el embalaje si no ha inscrito en la carta de porte

reservas motivadas al momento de la toma en carga, pues conforme al art. 9 de la CMR, se considera la mercancía entregada en buen estado aparente (CA Douai 20-1-2005: BTL 2005.106); tampoco puede el transportista invocar que ha sido víctima de un evento insuperable si entrega la mercancía a personas que se presentan como destinatarios y le piden que la entregue en lugar distinto sin aportar prueba de su mención como tales en la carta de porte (CA Paris 19-9-2001, SAR:, BTL 2001.712).

15. La carta de porte manifiesta también su dominio en el ámbito de la acción de responsabilidad ejercida por el derechohabiente sobre la mercancía contra el transportista.

De un lado, aquél cuyo nombre figura sobre el documento puede sin lugar a dudas actuar, sea como remitente o como destinatario, en este segundo caso a condición de haberse adherido al contrato de transporte (CA Paris 2-12-1981: BT 1982.73). En defecto de tal mención, incluso el vendedor de la mercancía transportada verá rechazada su reclamación ni su nombre no aparece ni como remitente ni como destinatario, o si por otro medio no puede establecer alguna de ambas circunstancias en la realidad (CA Paris 18-3-1976: BT 1976.174). La una o la otra de ambas condiciones personales son necesarias para ejercer la reclamación de indemnización, incluso si el nombre del interesado no consta en la carta de porte al haber sido el transporte organizado por un comisionista de transporte (Cass. com. 27-10-1975: BT 1975.526: tratándose de un remitente verdadero; Cass. com. 22-2-1994: BTL 1994.263: tratándose de un destinatario verdadero).

Por otro lado, la acción o reclamación debe naturalmente ser dirigida contra quien ostenta la calidad de transportista según la carta de porte o que en la realidad ha efectuado el transporte, sin que, por tanto, esa mención sea erigida por los Tribunales como condición formal: la acción puede ser dirigida también contra quienes se presentan a los ojos del remitente como transportistas (CA Paris 17-11-1983: BT 1984.390) o contra el transportista subsiguiente cuando este segundo, conociendo la existencia del contrato de transporte establecido entre el remitente y el transportista principal, firmó la carta de porte como transportista y sin poner reservas intervino en la ejecución del transporte (Cour de cassation de Belgique 17-9-1987: DET 1988.201). Este conocimiento de la existencia del contrato establecido por el remitente con un primer transportista resulta capital para someter a la Convención CMR al transportista cuyo nombre no figura en la carta de porte: se ha juzgado en este sentido que no es un transportista sucesivo, el transportista subcontratado que ejecutó un trayecto parcial del contrato de transporte pero cuyo nombre no aparece en la carta de porte CMR y que no tiene conocimiento del contrato inicial establecido con el remitente (Rechtbank Van Koophandel Te Mechelen 18-11-1999: DET 2000.432).

16. En relación al plazo de prescripción de la reclamación de responsabilidad contra el transportista, la carta de porte CMR ha sido tratada por los Tribunales de manera empírica.

Si la carta de porte inicial cubre los desplazamientos de la mercancía, todos los mismos quedan regidos por lo en ella estipulado. Así, en un caso en que, como consecuencia de un incidente en curso del transporte, la mercancía fue devuelta al remitente para su reparación, se declaró que la entrega –que es uno de los posibles momentos de comienzo del plazo de prescripción (art. 32 CMR)- sólo había sido efectuada el día de entrega al destinatario, pues era manifiesto que la misma operación de transporte, provisionalmente suspendida durante el tiempo que duraron los trabajos de reparación, había retomado su curso, tras la terminación de tales reparaciones, según la misma carta de porte (CA Versailles 9-12-1999: BTL.2000.71).

Pero la carta de porte no supe todas las condiciones requeridas en materia de prescripción por la Convención CMR, en particular la presentación de una reclamación escrita al transportista como susceptible de causar la suspensión del curso de la prescripción hasta que el transportista la haya rechazado con restitución de los documentos que hubiera adjuntado: no equivale a tal reclamación una mención inscrita en la carta de porte CMR indicando la existencia de agujeros en un cuadro entregado por el transportista (CA Bruxelles 6-11-1995: BTL 1996.258).

17. Al final de la operación de transporte, la carta de porte puede tener efectos «pesados» cuando se trata de decidir la obligación del transportista de reparar íntegramente el daño sufrido por el derechohabiente sobre la mercancía. Se sabe que esto sucede cuando ha cometido una falta grave equivalente a dolo. Y ello sucede precisamente a criterio de la carta de porte.

Es el caso por ejemplo de que el transportista no haya emitido carta de porte (CA Aix 22-3-1990: BT 1990.796), si su conductor ha dejado el vehículo, simplemente tapado con un toldo, cargado de mercancías sensibles, cuyo alto valor conocía por la lista de carga fraccionada («bordereau de groupage») detallada anexa a la carta de porte, estacionado durante toda una noche en una estación de servicio que constituía la única fuente de iluminación (CA Paris 22-5-2002: BTL 2002.566).

La carta de porte siempre puede servir de fundamento a la decisión de los jueces acerca de la indemnización por retraso en la entrega de la mercancía transportada; con la prueba necesaria, el derechohabiente sobre la mercancía puede pedir indemnización al transportista del perjuicio que haya causado ese retraso cuando éste se comprometió a cumplir un plazo determinado (art. 6,2,f de la Convención), tanto si ese plazo de entrega quedó mencionado en la carta de porte como si no lo estuvo (CA Aix 20-3-1985: Scapel 1985.41), y las reservas por retraso, formuladas por el remitente o por el destinatario, bien sea sobre la carta de porte bien sea por telex, satisfacen las exigencias del art. 30,3 de la CMR, cuando prevé que el derechohabiente sobre la mercancía dirija al transportista una reclamación escrita (CA Limoges 7-11-1977: BT 1977.537).

18. La carta de porte es un documento determinante en todo lo que se refiere a la existencia y a la ejecución del contrato de transporte CMR. Sin embargo, si bien los protagonistas de esa clase de transportes deben poner una extrema atención en su redacción, tampoco deben fiarse ciegamente de sus menciones. El examen de la Jurisprudencia revela que los Tribunales no la consideran un documento formalista. Sino que atienden de un modo más amplia la realidad para basar sus decisiones, y en caso de necesidad, a más elementos que los datos de la carta de porte cuando consideraciones prácticas les permiten zanjar el litigio con buen sentido. En su criterio, la Convención CMR está destinada a facilitar las relaciones entre transportistas y usuarios, y no a imponerles obligaciones que no se corresponden a sus necesidades.

Paris, 5 de Marzo de 2005
Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA, EN EL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA: ARTS. 17 Y SIGUIENTES DEL CONVENIO CMR

por

José Luís ORTIZ PAVÍA

Abogado

(Valencia, España)

1. Introducción

Más de siete años llevaba Sánchez Gamborino -mi querido tío y padrino Paco- ejerciendo la Abogacía, todavía en Valencia, a caballo entre su despacho de la Avenida del Oeste y el Ayuntamiento del Cap i Casal, cuando el 19 de Mayo de 1956, pronto se celebrarán sus bodas de oro, se aprobaba el Convenio de Ginebra relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).

España pasó a ser Parte en el Convenio mediante Instrumento de Adhesión de 12 de septiembre de 1973 (B.O.E. nº 109 de 7 de mayo de 1974). Publicación que, conforme, entonces, al artículo 1.5 del Código Civil, desde 1978 también ex artículo 96 de la Constitución Española, supuso su vigencia con fuerza de ley y directa aplicación desde el día 13 de mayo de 1974, integrándose en nuestro ordenamiento interno.

Si de todo el Convenio tuviésemos que quedarnos con una sola aportación, esa sería, probablemente, junto con la normalización de documentos utilizados en el transporte internacional de mercancías por carretera, la novedosa regulación que supuso de la responsabilidad del transportista. No en vano, ya en su Preámbulo las Partes Contratantes destacaron ambas cuestiones como sus principales logros.

Permítaseme un inciso, antes de continuar con el desarrollo de estas ideas. Para este trabajo no me baso en el texto del Convenio publicado en el B.O.E., en el fondo, no siendo oficial -sólo las versiones francesa e inglesa lo son- me parece mucho más fiable, exacta, precisa y más ajustada a las lenguas oficiales, la versión que de la Convención CMR propuso Francisco José Sánchez-Gamborino hijo y colega-sucesor del hoy homenajeado, en su ya clásica monografía de 1996¹.

La Convención CMR, al regular la materia en su amplio Capítulo IV, artículos 17 a 29, no establece, de manera expresa, cuál es la principal

¹ SANCHEZ-GAMBORINO, F.J. en "El contrato de transporte internacional. CMR." (Ed. Tecnos; Madrid, 1996). pág. 388 y ss. JUAN y MATEU, F. se hace eco de la traducción de SANCHEZ-GAMBORINO en su obra "Los impedimentos para la entrega en el transporte de mercancías por carretera" (Ed. Comares; Granada, 2005) pág. 5, si bien, entendemos que erróneamente, considera que las únicas versiones oficiales, inglesa y francesa, lo serían por virtud del artículo 51 del Convenio.

obligación que contrae el transportista al aceptar la mercancía, no otra que la de entregarla al destinatario en las mismas condiciones en que la recibió y dentro de plazo. Inequívoca obligación de resultado, lógica consecuencia de la consideración del contrato de transporte como una modalidad específica del más genérico arrendamiento de obra.

Por el contrario, directamente, comienza en el artículo 17.1 a delimitar, en negativo –para los casos de incumplimiento–, la extensión de su responsabilidad. Que surgirá en los supuestos de pérdida total o parcial (incumplimiento de su obligación de entregar), de averías (incumplimiento de su obligación de entregar en las mismas condiciones en que la recibió), así como de retraso (incumplimiento de su obligación de entregar en plazo).

Y sitúa temporalmente la responsabilidad entre el momento de la toma en carga de la mercancía y el de su entrega, debiendo entenderse ambos no como actos físicos, sino como actos jurídicos².

Tanto por sus propios actos u omisiones, cuanto por los de las personas enumeradas en el Capítulo II, artículo 3, sus empleados y todas las personas a cuyos servicios recurra, cuando tales empleados o tales otras personas estuviesen a efecto de dichos actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones.

Pérdida, avería o retraso serán, en consecuencia, básicamente, las tres circunstancias que originarán responsabilidad del transportista.

Si bien es cierto que no serán los únicos incumplimientos posibles: cabría añadir otros, así no cobrar el reembolso pactado (artículo 21), no incluir la indicación de que el transporte se somete, imperativamente, al régimen CMR –“cláusula paramount”– (artículo 7.3 en relación con el artículo 6.1, k), perder o utilizar inexactamente la documentación (artículo 11.3) o no ejecutar las instrucciones recibidas del derechohabiente que ejercita su derecho de disposición (artículo 12.7), al final, salvo el muy específico supuesto mencionado del artículo 7, el resto, a efectos prácticos, van a terminar equiparándose a la pérdida. De manera que, al final, en esencia, y a lo que a los nuestros fines interesa, nos centraremos en los tres supuestos típicos de responsabilidad del transportista, los mencionados de pérdida, avería o retraso.

Sin que los significados de pérdida, total o parcial, avería o retraso difieran en el Convenio de los usuales en nuestro Derecho. Estaremos ante una pérdida cuando la mercancía, por cualquier causa, en todo o en parte, no llegue a ser entregada al destinatario. Sinónimo de faltas o desaparición. En terminología de nuestro Código de Comercio de 1885, su artículo 363. ¡Cuántas veces la paradoja de seguir vigente una norma de los

² Sobre periodo de responsabilidad, toma en carga y entrega remitimos a la obra citada de SANCHEZ-GAMBORINO, pág. 148 y ss.

tiempos de la tracción animal, ahí seguimos, en ese lenguaje jurídico tan del XIX, su “menoscabo”!

Avería se equipara en el propio Convenio, artículo 25, a depreciación de la mercancía. Hablamos, pues, de daños, deterioro, alteración sustancial que reduce el valor. Volviendo al artículo 363 de nuestro Código de Comercio, “detrimento”.

Siendo el retraso definido en el artículo 19 del Convenio como la entrega fuera del plazo convenido o, en defecto de éste, excedida la duración razonablemente permisible a un transportista diligente. Con un interesante límite temporal a la posibilidad de entender demorada una entrega: el previsto al artículo 20, transcurrido un determinado plazo, en concreto, treinta días desde la fecha convenida, sesenta desde la recepción por el porteador de la mercancía en ausencia de fecha acordada, el retraso se convertirá en pérdida total, con relevantes consecuencias en materia de limitación de responsabilidad, también de cómputo de plazos de prescripción³.

2. Responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva, y principio de la culpa presumida.

Sentado que de producirse una pérdida, avería o retraso el transportista deberá responder de la misma, vamos a abordar a continuación la cuestión de cuál de los dos tradicionales sistemas o principios de responsabilidad subyace en la Convención CMR:

- la responsabilidad subjetiva o por culpa,
- la responsabilidad objetiva.

Es decir, trataremos de establecer si el transportista responderá únicamente en el supuesto de que la pérdida, avería o retraso obedezcan a una infracción por su parte de la debida diligencia (principio de responsabilidad subjetiva o por culpa) o, por el contrario, si deberá asumir las consecuencias de pérdidas, averías o retrasos acaecidos durante el lapso temporal en que es responsable, con independencia de la concurrencia o no de culpa (principio de responsabilidad objetiva).

Cuestión distinta será la de la carga de la prueba. Que, de entrada, la culpa del transportista se presuma (artículo 18), si bien es cierto que puede generar confusión, distorsionar el enfoque, apuntar hacia un aparente sistema de culpa objetiva, es, en el fondo, cuestión diferente. A quién corresponda acreditar la existencia o ausencia de culpa en el porteador es

³ En transportes realizados dentro del territorio nacional, sometidos a Condiciones Generales de Contratación, orden de 25 de abril de 1997, procederá en todo caso el deje de cuenta si el retraso excede del duplo del plazo señalado como máximo, norma que, ante plazos para realizar el transporte significativamente cortos puede conllevar en la práctica a situaciones en que situaciones de meros retrasos se terminen equiparando a pérdidas a efectos indemnizatorios.

una cuestión y otra, bien distinta, la del régimen de responsabilidad ante el que nos hallemos. Claro que si, de entrada, se presume culpabilidad, si el presunto responsable debe acreditar su ausencia de culpa, se genera una apariencia de que nos hallásemos ante un sistema cuasi-objetivo, pero, insisto, por mucha confusión que pueda producir, en definitiva serán, son, cuestiones distintas.

Simplificando mucho, y consciente de que los riesgos que ello conlleva, al final, en definitiva, producida la pérdida, avería o retraso sólo caben tres posibilidades. A saber:

- a) pueden deberse a culpa del usuario (incluyendo aquí, dicho así para entendernos, la “culpa de sus mercancías”),
- b) pueden haberse producido por culpa del transportista, (incluyendo ahora, en esta esquemática exposición, la “culpa de su vehículo”) o bien,
- c) pueden no haber intervenido, ni por acción ni por omisión, ninguno de los dos (fuerza mayor).

En otras palabras, que o alguno de los intervinientes, su mercancía o su vehículo, tuvo la culpa, o que no la tuvo ninguno de ellos.

Pues, de esos tres posibles escenarios, únicamente el segundo, culpa del transportista –incluyendo su vehículo-, conllevará responsabilidad. Tanto el primero, culpa del usuario, como el tercero, ausencia de culpa en ambos, serán supuestos de exoneración.

Al final la cuestión se asemeja mucho a establecer quién debe soportar las consecuencias de los hechos acaecidos por fuerza mayor, en sistemas subjetivos de responsabilidad el usuario, en sistemas objetivos, sirva de ejemplo el transporte aéreo, (volveremos infra sobre este punto), el transportista.

Situándonos de nuevo en 1956, no se olvide el dato a la hora de posicionarnos, ni las recientes teorías sobre responsabilidad por riesgo gozaban del auge actual, vaya, ni del actual ni de ninguno, para ser más exactos, ni la actividad de transporte de mercancías por carretera era –ni, en nuestra opinión, lo es tampoco actualmente, dicho sea de paso- per se una actividad de riesgo, ni por doctrina ni jurisprudencia, ni operadores, ni usuarios se planteaba la necesidad de un sistema objetivo de responsabilidad, ni los antecedentes inmediatos y directos, Convención CIM, también a ella nos vamos a referir, lo establecían, ni, en definitiva, en aquel tiempo y lugar parece que se optase por un sistema de responsabilidad “por garantía”. Ni, por supuesto, se dice así en el texto convencional.

Bastante hizo el Convenio hace cuarenta y nueve años -permítan-seme tan coloquiales términos- con consolidar la inversión de la carga de la prueba, con presumir –iuris tantum- la culpa del transportista, con establecer, en definitiva, ese principio de la culpa presumida del transportista.

En última instancia, en los transportes sometidos al CMR, como ya establecía el artículo 361 del Código de Comercio, cuyos principios inspiradores conservaron plena vigencia, las mercaderías seguirían siendo transportadas “a riesgo y ventura del cargador”. De su cuenta y riesgo continuarían siendo “los daños y menoscabos que lo géneros experimenten durante el transporte por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas”. Y la prueba de esos accidentes no dejaría de incumbir al porteador.

3. Causas de exoneración

Junto con la presunción de culpa del artículo 18.1, se estableció en los apartados 2 y 4 del artículo 17 una doble lista de posibles causas de exoneración de responsabilidad, comúnmente conocidas como “causas generales” las del artículo 17.2, “causas particulares” las del artículo 17.4. Más adelante matizaremos estas denominaciones y conceptos.

En última instancia, adelantaremos ya nuestra opinión, exoneran de responsabilidad al transportista la culpa del usuario, los vicios de la mercancía y la fuerza mayor.

Cuestión distinta, como ya hemos apuntado, será la incumbencia de acreditar las mencionadas causas de exoneración, carga procesal que, impuesta al porteador, justifica, precisamente, la dualidad de listas y las diferentes exigencias y consecuencias de unas y otras.

Por centrar la cuestión, recordaremos antes el contenido de ambos apartados. En el 17.2 se establece la exoneración de responsabilidad si la pérdida, avería o retraso se deben a “culpa del derechohabiente sobre la mercancía”, “vicio propio de la mercancía” o a “circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir”, esto es, a fuerza mayor.

Cierto es que se hace mención de una aparente cuarta causa. Tampoco se responderá si la pérdida, avería o retraso se deben a “una instrucción del derechohabiente no derivada de una acción culposa del transportista”, ahora bien, en definitiva esa dañina instrucción no dejará de ser un supuesto específico del más genérico “culpa del derechohabiente sobre la mercancía”. Se trata más bien de matizar un posible caso de culpa del usuario, cuando sus defectuosas instrucciones son causadas por el porteador, que de establecer realmente una cuarta causa general de exoneración.

Resumiendo, en definitiva, según el artículo 17.2, el transportista no responderá si acredita:

- a) Culpa del usuario.
- b) Vicio propio de la mercancía.
- c) Fuerza mayor.

Y, así lo exige la redacción literal del precepto, también deberá probar el nexo causal, esto es, que la culpa del usuario, el vicio de la mer-

cancia o la fuerza mayor han ocasionado la pérdida, avería o retraso. Ese es el quid de la cuestión, esa exigencia probatoria la razón de ser del apartado 4º, esa la justificación del listado de lo que se han venido en denominar “causas particulares o especiales”.

Que, en nuestra modesta opinión, no serían propiamente causas de exoneración distintas de las enumerados en el apartado 2º a las que en todos los casos pueden fácilmente reconducirse, sino más bien simplemente supuestos específicos de exclusión del régimen general de culpa presumida, operando una inversión de la carga de la prueba en lo relativo al nexo causal.

Cuando se acredite estar en alguno de los casos previstos en el apartado 4º, la culpa dejará de presumirse, probado el hecho en cuestión, incumbirá al usuario acreditar la existencia de culpa en el porteador.

Así, conforme al artículo 17.4.a), si se empleó un vehículo abierto y no entoldado, por haberse así pactado y consta en la carta de porte, y siempre que no se trate de faltas anormales o pérdida de bultos (artículo 18.3), el transportista quedará, en principio y salvo prueba adversa de su culpa, exonerado de responsabilidad. ¿No estamos, en ese caso, en definitiva, ante un supuesto de culpa del usuario, quién eligió un vehículo inadecuado, causa ya prevista en el artículo 17.2.?

O, si, conforme al artículo 17.4.b), mercancías que por su naturaleza estén expuestas a pérdidas o averías en caso de ausencia o defecto de embalaje, efectivamente se prueba por el transportista que fueron recibidas sin embalar o con deficiencias. ¿Qué es ese hecho, sino simplemente un caso concreto de culpa del usuario, ya prevista al artículo 17.2.?

Y, qué no decir de la manipulación, carga, estiba o descarga de la mercancía realizadas por remitente o destinatario o por su cuenta, artículo 17.4.c). Acreditado dicho particular, lo que pasará a presumirse, lejos de la culpa del transportista, será su inocencia. Precisamente por darse por supuesta, en tal caso, la culpa del usuario que, como venimos diciendo, constituye causa general de exoneración prevista al listado taxativo del apartado segundo.

Como tampoco la insuficiencia o inexactitud de marcas o números de los bultos del apartado 4.e) es sino un caso concreto de exoneración por culpa del usuario. En el que, simplemente, se dispensa a quien sufre la reclamación de acreditar el nexo causal.

Mientras que las dos restantes, la naturaleza de ciertas mercancías que se describen al apartado 4.d), salvo en el caso previsto en el artículo 18.4, o el transporte de animales vivos, apartado 4.f) se podrían, en definitiva, reconducir al más genérico “vicio propio de la mercancía” del apartado segundo.

En general, los vicios de la mercancía como causa de exoneración corresponderá acreditarlos al transportista, así como el nexo de causalidad.

dad con la pérdida, avería o retraso, salvo –precisamente- que demuestre tratarse de ciertas mercancías (las susceptibles de roturas, herrumbre o moho, deterioro o podredumbre internos y espontáneos, desecación, derrame, mermas, o acción de la polilla, roedores o plagas) o de animales vivos, en cuyo caso quien pretenda la responsabilidad del transportista tendrá que acreditar su culpa, por dejar de presumirse, para, por el contrario, darse por supuesto, salvo prueba en contrario, el vicio de las mercancías.

En definitiva, así entendemos el precepto, los hechos del artículo 17.4, si se adveran, no hacen sino presumir, *iuris tantum*, la existencia de las genéricas causas del artículo 17.2, eximiendo, en principio al transportista de más pruebas.

Volviendo a nuestro simplificado esquema, si, al final, la culpa es de uno, del otro o de nadie, pues las causas de exoneración consistirán en probar, bien que fue del otro, mercancías incluidas, bien que de nadie.

Esto es, las del artículo 17.2. El resto, artículo 17.4, en el fondo meras facilidades probatorias que no nuevas ni distintas causas, que, en nuestra modesta opinión, ante la amplitud de las genéricas, ya no caben.

Fuera del amplio espectro de la culpa del usuario, el vicio de la mercancía o la fuerza mayor sólo queda culpa del transportista, o, lo que a estos efectos viene a suponer lo mismo, artículo 17.3, defecto de su vehículo, a cuyo perfecto mantenimiento viene obligado. Y, en tales casos, responderá.

Un estudio detallado de la casuística y jurisprudencia relativa a cada una de las causas y supuestos de exoneración sería, sin duda, interesantísimo. Lamentablemente excedería, con mucho, de las intenciones de quien suscribe y de la extensión prevista para estas líneas.

Y ya lo siento, pues me hubiese permitido hacer cita de unas cuantas sentencias obtenidas precisamente por el Despacho Sánchez-Gamborino. Algunas de ellas encontrará el lector interesado en el capítulo correspondiente del “Factbook” de Sánchez-Gamborino y Gaitán Rebollo. A él me remito⁴.

4. Límites de responsabilidad

La responsabilidad del porteador por pérdida se concretará en abonar el valor de la mercancía en origen, por avería indemnizará por el importe de la depreciación, en ambos casos con, además, el reembolso

4 SANCHEZ-GAMBORINO, F.J. y GAITÁN REBOLLO, J.: “Factbook. Transportes de mercancías por carretera.” (Ed. Thomson-Aranzadi; Pamplona, 2003). Pág. 518 y ss.

del precio del transporte, derechos de aduana y demás gastos devengados con ocasión del transporte.

Si el valor de la mercancía o de su depreciación por avería excediesen de 8,33 Unidades de Cuentas, éste sería, salvo declaraciones de valor de la mercancía o de interés especial en la entrega, el límite de la indemnización por dichos conceptos.

Así se estableció al apartado 3º del artículo 23, en su redacción dada por Protocolo de 5 de julio de 1978, al que se adhirió España por Instrumento de 23 de septiembre de 1982. Salvo el anecdótico supuesto previsto al apartado 8º, Estados no miembros del Fondo Monetario Internacional, la Unidad de Cuenta será el Derecho Especial de Giro del Fondo Monetario Internacional (DEG, en lo sucesivo).

Por retraso se indemnizarán los perjuicios que acredite haber sufrido el derechohabiente sobre la mercancía, con el límite máximo del precio del transporte.

Al no haberse previsto en el Convenio una cláusula de revisión de los límites, el efecto de la inflación en cada Estado Parte –en pura teoría cabría hablar igualmente de una posible deflación, si bien no parece, hoy por hoy, lo más probable– afectará directamente a las indemnizaciones a abonar, encontrándonos, cada vez con más frecuencia, ante supuestos en que el valor real de la mercancía excederá de esos 8,33 DEG/kg. bruto que, en términos reales, podrían acabar quedando desfasados.

5. Comparación con otros modos de transporte

El régimen de responsabilidad del transportista internacional de mercancías por carretera que hemos esbozado presenta, en algún caso, evidentes similitudes, en otros, sin embargo, significativas diferencias con la regulación de otros modos de transporte. Sin pretender un estudio exhaustivo de cada uno de ellos, apuntaremos, a continuación, algunas notas básicas.

a) Ferrocarril

La actual regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril la encontramos en el Convenio internacional relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF), hecho en Berna el 9 de mayo de 1980. Se trata de un Convenio más amplio, en el que las partes constituyen, como Estados miembros, una Organización intergubernamental para los transportes internacionales por ferrocarril, la OTIF, con sede en Berna, cuyo objetivo esencial será el de establecer un régimen de derecho uniforme aplicable a los transportes de viajeros, equipajes y mercancías en tráfico internacional directo entre los Estados miembros.

Como Apéndice B de dicho Convenio encontramos las “Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías

por ferrocarril (CIM)”, esto es, la versión actualizada, vigente, tras diversas modificaciones, de la “Convención CIM” inicialmente aprobada en fecha 25 de octubre de 1952.

Es en su título IV, artículos 35 a 51 donde se regula el régimen de responsabilidad del transportista que se asemeja mucho al que hemos expuesto para el transporte por carretera, no en vano aquella Convención CIM había servido de modelo y referente directo al Convenio CMR.

Así, también en la Convención CIM se parte de los conceptos de pérdida, total o parcial, avería y retraso desde la aceptación al transporte hasta su entrega. Convirtiéndose el retraso en pérdida, conforme al artículo 39, transcurridos 30 días de los plazos de entrega.

Con un sistema subjetivo de responsabilidad análogo al del transporte por carretera, responsabilidad por culpa o subjetiva con inversión de la carga de la prueba, partiéndose de una presunción de culpa del ferrocarril.

En el artículo 36.2 se establecen las causas generales de exención de responsabilidad, si la pérdida, avería o retraso han sido motivadas por una falta del derechohabiente, por una orden de éste no derivada de una falta del ferrocarril, por vicio propio de las mercancías (deterioro interno, merma, etc.) o por circunstancias que el ferrocarril no haya podido evitar y cuyas consecuencias no haya podido obviar. De nuevo, en definitiva, culpa del usuario, vicio de la mercancía y fuerza mayor como causas generales y, también aquí, exigencia de acreditación del nexo causal.

Para en el artículo 36.3 establecer un listado de hechos que, debidamente acreditados, eximen de responsabilidad sin necesidad de acreditar la relación de causalidad con los daños sufridos, y dejando siempre a salvo la posibilidad de que el derechohabiente acredite, no obstante, la efectiva concurrencia de culpa.

Encontramos en él todas las causas exoneratorias, llamémosles particulares, que hemos mencionado al desarrollar el artículo 17.4 del Convenio CMR, sustituyendo, obviamente, “vehículo abierto” por “vagón descubierto”. Y, además de aquellas, otras específicas, en concreto las relativas al cumplimiento por el expedidor, destinatario o un mandamiento de uno de ellos de las formalidades aduaneras (artículo 36.3.e), denominación irregular, inexacta o incompleta indebida de objetos no transportables (artículo 36.3.g) y mercancías que deben ser transportadas con acompañamiento (artículo 36.3.i).

Se establecen en el artículo 41 unos porcentajes de tolerancia para mermas naturales de ciertas mercancías que se detallan, el 2% para las que expresamente se incluyen en el listado del apartado 1º, el 15 % para las demás mercancías secas.

Por pérdida o avería se indemnizará el valor de la mercancía en origen o el importe de su depreciación, con un límite de 17 DEG por kilo-

gramo de peso bruto. La indemnización por rebasar el plazo de entrega se concretará en el importe de los daños ocasionados, que no podrán exceder del cuádruplo del precio del transporte. De nuevo sin cláusula de revisión en función de la inflación.

Limitaciones más favorables al transportista se podrán establecer cuando el ferrocarril aplique tarifas especiales o excepcionales que impliquen una reducción de precio respecto de las tarifas generales, si bien se exigirá que la limitación conste indicada en la tarifa aplicada.

b) Marítimo

La regulación de responsabilidad y cláusulas de exoneración en el transporte internacional de mercancías por mar en régimen de conocimiento de embarque, esto es, excluidos los transportes documentados exclusivamente en una póliza de fletamento, podemos considerar que data de la aprobación el 25 de agosto de 1924 del Convenio de Bruselas, modificado por los Protocolos de Bruselas de 1968 y 1979 (las conocidas como Reglas de La Haya-Visby). Introducido en nuestro ordenamiento a través de la Ley de 22 de diciembre de 1949, de Transporte Marítimo de Mercancías en Régimen de Conocimiento de Embarque (B.O.E. núm. 358, de 24 de diciembre de 1949).

Por el prestigio de los organismos que intervinieron en su elaboración y la finalidad misma a que responde (superación de los conflictos originados por las Reglas de la Haya y atención a la realidad del momento), parece oportuno mencionar la existencia del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte marítimo de Mercancías, de 31 de marzo de 1978 (Reglas de Hamburgo), en vigor en el plano internacional desde el 1 de noviembre de 1992, si bien carente de aplicación en España por no haberlo ratificado.

Los supuestos de incumplimiento previstos en el Convenio aplicable (Reglas de La Haya) son únicamente los de pérdida, daño o avería, esto es, los derivados de incumplimiento de la obligación ex recepto. De donde surge la duda de la obligación de responder por retraso. Que, en principio, no parecería prevista, salvo interpretaciones forzadas en extremo de los términos "daño" o "pérdida", que excederían de largo sus significados literales, usuales en el tráfico. De ahí la frecuencia con que en los conocimientos de embarque, B/L, encontraremos cláusulas de exoneración por dicho motivo.

Ahora bien, la situación se nos antoja diferente a la vista de la Ley de 1949. En ella, a diferencia del Convenio citado, sí hallamos un precepto, su artículo 6, que permite fácilmente y sin necesidad de mayores interpretaciones considerar al porteador civilmente responsable, entre otras causas, también por retrasos: "El porteador será civilmente responsable de todas las pérdidas, averías o daños sufridos por las mercancías y, en general, de las indemnizaciones a favor de tercero a que diere lugar la conducta del capitán, en relación con las car-

gadas en el buque, salvo los casos de exoneración de que tratan los artículos 8 y 9.”

En consecuencia, en nuestra opinión, no sólo pérdida y avería, también retraso podrán generar responsabilidad.

La responsabilidad del porteador se establece a partir del principio de responsabilidad subjetiva o por culpa, debiendo responder, en principio, únicamente en el supuesto de incumplimiento culpable de sus obligaciones, bien que, también aquí, se partirá de una presunción de responsabilidad, de forma que la carga de la prueba de la concurrencia de una causa de exoneración incumbirá al propio porteador.

El artículo 8 de la Ley de Transporte Marítimo contiene un catálogo de causas de exoneración, la más llamativa de las cuales la constituyen las llamadas “faltas náuticas” de la dotación del buque. Esto es, los errores del capitán, marinería, piloto o resto del personal a bordo, en el empleo y manejo del buque. Que supone trasgresión de los más elementales principios de igualdad entre partes contractuales, conlleva injustificado privilegio que, habiéndose suprimido en las Reglas de Hamburgo explica, precisamente, las reticencias de los lobbies navieros a su ratificación generalizada.

El resto de causas de exoneración, hasta un total de diecisiete, de lo más casuístico y variopinto, entre otras encontramos incendios, daños de mar u otras aguas navegables, hechos de guerra, enemigos públicos, embargos, cuarentenas, motines, salvamentos o sus tentativas, defectos de marcas y embalajes, vicios ocultos o actos u omisiones del cargador, propietario de la mercancía o sus agentes, en definitiva acaban pudiendo reconducirse a los supuestos de casos fortuitos o de fuerza mayor, vicio o naturaleza de las mercancías o culpa del cargador. Además de las ya comentadas faltas náuticas.

Por último, en cuanto a causas de exoneración, destacar la que -a modo de “cajón de sastre”- se formula al final del listado, lo que, más que una causa de exoneración propiamente dicha, viene a suponer una confirmación del sistema de responsabilidad elegido, no otro que el de responsabilidad subjetiva, por culpa o negligencia, con imposición de la carga probatoria al porteador, que subyace a la norma: “De cualquier otra causa que no proceda de hecho o falta del porteador, pero las costas de la prueba incumbirán a la persona que reclame el beneficio de esta excepción”.

Las indemnizaciones por pérdida o avería se limitan al valor declarado, que operará como límite por presumirse, *iuris tantum*, su coincidencia con el valor real., cuando el usuario logre incluir tal declaración en el conocimiento de embarque, lo que, por cierto, no le resultará sencillo en la práctica, la experiencia evidencia grandes reticencias en los navieros o sus representantes.

En defecto de declaración de valor, el artículo 11 de nuestra Ley de 22 de diciembre de 1949, fijaba un límite de 5.000.-ptas. por bulto o unidad, cuestión esta que ocasionó no pocos problemas prácticos a la hora de fijar con precisión ambos conceptos. Modificadas las Reglas de La Haya por Protocolo de 1979, actualmente se estará al mayor de dos posibles, bien 666,67 DEG por bulto o unidad, bien 2 DEG por kilogramo de peso bruto⁵.

c) Aereo

En fecha 28 de junio de 2004 entró en vigor en España el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional -Convenio de Montreal-, de 28 de mayo de 1999 (B.O.E. núm. 122, de 20 de mayo de 2004), que ha sustituido al Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929.

Su capítulo III establece un régimen de responsabilidad del transportista sustancialmente diferente de los expuestos para transportes terrestres o marítimo.

Inspirado en el principio de responsabilidad objetiva, el transportista responderá de los daños sufridos por destrucción, pérdida o avería de los equipajes facturados, como también de la carga, por la sola razón de que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo, entendiéndose por tal el periodo durante el cual los objetos se hallan a bordo de la aeronave o bajo la custodia del transportista. Como excepción al régimen general, encontramos la vuelta al principio de responsabilidad por culpa en cuanto al equipaje no facturado y efectos personales, en cuyo caso será responsable solo si el daño se debe a su culpa o a la de sus dependientes o agentes.

En relación al equipaje facturado, la única causa de exoneración de responsabilidad prevista al artículo 17.2 es la naturaleza, defecto o vicio propios del equipaje.

Y, en cuanto a la carga, el artículo 18.2 prevé cuatro supuestos en que no concurrirá responsabilidad, los dos primeros relacionados con la propia mercancía, naturaleza, defecto o vicio de propios de la misma o sus defectos de embalaje no realizado por el transportista. Los otros dos serán, de una parte, los actos de guerra o conflictos armados, de otra los actos de la autoridad pública relacionados con la entrada, salida o tránsito de la carga.

Listado taxativo que se completará con la previsión de exoneración de responsabilidad acreditando el transportista la negligencia u otra acción u omisión indebida de quien reclama el artículo 20.

Y punto.

⁵ Que las Reglas de Hamburgo los incrementen en un 25 % es otra de las razones que explican las presiones de las asociaciones de navieros para dificultar su ratificación.

En cualquier otro supuesto, producidos daños a la carga consistentes en su destrucción, pérdida o avería durante el periodo que comprende el transporte aéreo, demás supuestos de fuerza mayor incluidos, el transportista responderá, insistimos, por la sola razón de que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo.

Cuestión distinta será la responsabilidad por retraso, en que, como veíamos para los equipajes de mano no facturados, se opta por un criterio de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, análogo a los demás modos de transporte. Así el transportista no será responsable del daño causado por retrasos si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas.

En resumen, responsabilidad objetiva como criterio general, subjetiva para equipajes no facturados y reclamaciones por retraso.

Con un límite de responsabilidad, común para daños por pérdida, avería o retraso, de 1.000 DEG por pasajero en transporte de equipajes, de 17 DEG por kilogramo para transporte de carga, en ambos casos salvo declaración especial de valor y, si procede, pago de un sobreporte por ello.

Y con un interesante artículo 24 de revisión quinquenal de los mencionados límites para su adecuación a la inflación habida en los Estados Partes.

6. Bibliografía

ARROYO, I.: "Compendio de Derecho Marítimo". Ed. Tecnos. Madrid, 2005.

GABALDÓN GARCÍA, J.L. y RUIZ SOROA, J. M.: "Manual de Derecho de la Navegación Marítima". Ed. Marcial Pons. Madrid, 2002.

JUAN y MATEU, Fernando. "Los impedimentos para la entrega en el transporte de mercancías por carretera", Ed. Comares. Granada, 2005.

MARTÍNEZ SANZ, F.: "La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera -CMR-". Ed. Comares. Granada, 2002.

SANCHEZ-GAMBORINO, F.J.: "El contrato de transporte internacional. CMR." Ed. Tecnos. Madrid, 1996.

SANCHEZ-GAMBORINO, F.J. y GAITÁN REBOLLO, J.: "Factbook. Transportes de mercancías por carretera". Ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2003.

EL DOLO COMO CAUSA DE INAPLICACIÓN DEL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD. EL ARTICULO 29 DE LA CONVENCIÓN CMR¹

por

D. Jose Luís CONCEPCIÓN

Doctor en Derecho

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

(Barcelona, España)

1. Planteamiento de la cuestión

El resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por quien en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, constituye un principio universal en materia contractual, que nuestro derecho recoge en el artículo 1.101 del Código Civil y en cuyo ámbito se incluyen, de ordinario, tanto el daño emergente como la ganancia dejada de obtener.

En materia de transportes dicha máxima ha sido sometida a revisión, ya que no se indemniza el daño derivado de cualquier incumplimiento, sino solamente el que tiene su origen en la pérdida, avería o retraso.

De la misma manera, no se comprende dentro del concepto del daño resarcible el lucro cesante, y ello, aunque se pruebe que la falta del oportuno cumplimiento del porte contratado le ha supuesto al cargador o al destinatario la pérdida de determinadas ganancias o cualesquiera otros daños colaterales. Sólo se indemniza el valor de la mercancía, y no de modo pleno.

Como sabemos, el artículo 23 del Convenio CMR establece (al igual que hacen las normas nacionales e internacionales relativas a los restantes tipos de transporte) la limitación de responsabilidad para el porteador en

¹ Me piden que escriba un artículo para incorporar al libro que va a editarse en homenaje a FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO, con la advertencia de que gire alrededor de algún extremo relacionado con el transporte internacional de mercancías por carretera y, más concretamente, del Convenio hecho en Ginebra el 19 de Mayo de 1956, el conocido en los sectores interesados como Convenio CMR, que tan magníficamente ha glosado su hijo en la obra que ha servido de libro de cabecera a todos los estudiosos de esta materia y, aún a los que no lo son, pero por razones profesionales o de cualquier otra índole, han tenido que aproximarse al, muchas veces, sorprendente mundo del contrato de transporte en el que, en ocasiones, se produce una quiebra de las reglas que rigen de manera omnímoda las restantes parcelas de derecho de contratos, cual si ésta fuera ajena a la misma.

No voy a negar que es para mí una verdadera satisfacción aportar mi pequeña contribución para que un empeño tan justo como éste prospere tal y como lo han concebido sus impulsores, fundamentalmente, su hijo Francisco José, fiel y brillante continuador de la obra de su padre. Más, he de confesar que, solamente, la audacia pudo llevarme a aceptar la propuesta que en su día éste me hizo, máxime cuando el tema elegido para ello ha sido cumplida y suficientemente tratado por él.

Escribir sobre el contrato de transporte internacional en un libro de esta naturaleza es tanto como hacerlo sobre la teoría del negocio jurídico en una obra homenaje al Profesor De Castro o como bucear en el proceloso mundo de los negocios simulados glosando al Profesor Garrigues. Todo lo han dicho "los SÁNCHEZ-GAMBORINO" sobre el CMR, tanto desde un punto de vista teórico como práctico. Sirvan, pues, estas líneas como modesto homenaje a su obra, consciente de que las mismas carecerán, frente a ella, de dimensión científica alguna.

los supuestos de pérdida total o parcial de la mercancía transportada, salvo que el remitente, contra el pago de la sobreprima a que se refiere el artículo siguiente, haya declarado en la carta de porte un valor superior para la mercancía, en cuyo caso, esta suma sustituirá al referido límite.

Quizás sea ésta la cuestión más espinosa de todas las que se refieren a la materia objeto de nuestro estudio y en la que se contraponen, a la hora de enjuiciar las controversias que se suscitan en esta órbita, dos sentimientos distintos que atienden a horizontes tan dispares, en la mayoría de los casos, como la justicia material y la seguridad jurídica.

El artículo 23 CMR establece que cuando el transportista haya de hacerse cargo de una indemnización por pérdida parcial o total de la mercancía, “la indemnización será calculada de acuerdo con el valor² que tenía la mercancía en el tiempo y lugar en que el transportista se hizo cargo de ella” y que “en todo caso, la indemnización no sobrepasará de 25 francos por kilo de peso bruto que falte”, entendiéndose por franco, “el franco/oro, de un peso de 10/31 de gramo a título de 0’900”³.

“En caso de mora –apostilla el número 5º-, si el que tiene derecho sobre la mercancía prueba que resultó un perjuicio por la misma, el transportista quedará obligado a indemnizarlo. La suma en ningún caso excederá del precio del transporte”.

Se ha tratado de justificar este sistema diciendo que, “pese a que puede conducir a resultados aparentemente desproporcionados, no trata sino de garantizar la necesaria equivalencia entre las prestaciones de los contratantes y velar por el mantenimiento del carácter conmutativo que el contrato de transporte ha de gozar en todo momento”⁴. En otras ocasiones se ha acudido al argumento de que permite individualizar el riesgo por el remitente y ajustar los portes⁵.

2 Para determinar el valor de la mercancía, el ordinal 2º de dicho precepto establece que habrá de estarse a “su cotización en Bolsa o, en su defecto, de acuerdo con el precio corriente en el mercado y en defecto de ambos. De acuerdo con el valor corriente de mercancías de su misma naturaleza y cualidad”.

3 El Protocolo de 5 de julio de 1.978 (al que se adhirió España por Instrumento de 23 de septiembre de 1.982), que modifica el Convenio de 19 de mayo de 1.956 (BOE nº 303, de 18 de diciembre de 1.982) sustituye el párrafo 3º de dicho artículo 23 por el siguiente: “Sin embargo, la indemnización no podrá exceder de las 8,33 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto que falte”. Añade, además, los párrafos 7º, 8º y 9º a dicho precepto, destinados a calcular la mencionada unidad de cuenta, el primero de los cuales establece que “la Unidad de Cuenta mencionada en el presente Convenio es el Derecho Especial de Giro tal como lo define el Fondo Monetario Internacional. El importe a que se refiere el apartado 3 del presente artículo se convertirá a la moneda nacional del Estado a que corresponda el Tribunal que conozca del litigio, tomando como base el valor de dicha moneda en la fecha de la sentencia o en la fecha fijada de común acuerdo por las partes. El valor, en Derechos Especiales d Giro, de la moneda nacional de un Estado miembro del Fondo Monetario Internacional se calculará con arreglo al método de evaluación que el Fondo Monetario Internacional aplique a sus propias operaciones y transacciones en la fecha correspondiente. El valor en Derechos Especiales de Giro, de la moneda nacional de un Estado que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional se calculará en la forma que dicho Estado determine”. El Derecho Especial de Giro (DEG) es, pues, una moneda artificial creada por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y su valor (variable cada día) se determina con arreglo a una fórmula matemática que incorpora en determinadas proporciones el valor de las monedas nacionales de algunos de los países pertenecientes al mismo, por lo que, popularmente se la conoce como “cesta” o “cocktail”.

En la doctrina, existen verdaderos entusiastas del sistema, que lo justifican en la ignorancia del porteador acerca del contenido del transporte y en el desequilibrio que supondría hacerlo responder de un alto valor cuando el porte ha tenido un precio bajo⁶, mientras que otros, afirman que para que aparezca justificado es necesario que la suma máxima represente el valor usual de las mercancías (cosa que en ningún caso sucede) ya que, en caso contrario, “representaría un beneficio desorbitado para el transportista a costa del acreedor del transporte”⁷, opinión que suscribimos en su integridad.

2. El dolo y la “culpa equiparable al dolo”

La tercera y última de las razones por las que, según el propio Convenio, no se aplica el límite de responsabilidad del transportista es, junto con las reseñadas declaraciones de valor y de interés, el dolo (o la falta que sea equiparable al mismo en la legislación del lugar de que se trate) del porteador o de sus empleados o cualesquiera otras personas a las que aqu el haya recurrido para la realización del transporte, “siempre que éstos actúen en el desempeño de sus funciones”.

Así, el artículo 29 manifiesta que “el transportista no gozará del derecho de prevalerse de las disposiciones de este capítulo que excluyen o limitan su responsabilidad o que invierten la carga de la prueba, si el daño ha sido causado por dolo o por falta que le sea imputable y que sea equiparada al dolo por la legislación del lugar”⁸.

Es, por tanto, en el análisis del extremo relativo a la conducta del porteador, en el que usualmente chocan los pareceres de los litigantes, cuando la controversia se suscita en el ámbito de aplicación del límite de responsabilidad.

Nuestro Código, amén de la acepción que del dolo ofrece como vicio del consentimiento (art. 1269 CC), estudia tal manifestación de la culpabilidad en sede de incumplimiento contractual (art. 1101 y ss. CC) y lo configura como el incumplimiento consciente y voluntario de la obligación surgida a consecuencia de la perfección del contrato y, a diferencia del dolo penal no se basa, exclusivamente, en la intención de dañar, sino en la de quebrar la norma, equivaliendo, por ello, a la mala fe.

Por esta vía, la jurisprudencia entendió dolosamente queridos los resultados que sin ser intencionalmente perseguidos, aparecieran “como

4 St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 18 de junio de 1.999, ponente Sr. Concepción Rodríguez, Rollo de Apelación 1.155/98, RJ 1.999/1200.

5 St. A.P. de Barcelona (Sección 13^a) de 27 de febrero de 1.992, ponente Sr. Ferrer Mora, RGD 576, pág. 8917.

6 S NCHES-GAMBORINO, Francisco José. El contrato de transporte internacional. CMR. Ed. Tecnos. Madrid, 1.996, pág. 219.

7 GÓRRIZ LÓPEZ, Carles. La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal). Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2.001, pág. 693.

consecuencia necesaria de la acción"⁹, surgiendo el llamado dolo eventual, como una de sus manifestaciones fronterizas con la culpa consciente o culpa con previsión.

No es preciso, en consecuencia, para entender doloso el quebrantamiento contractual, una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento¹⁰, sino que el infractor se represente como posible, a consecuencia de su acción, el resultado prohibido y, pese a ello, consienta en llevar a cabo la misma. No constituye lo anterior identificar el dolo con la culpa (pese a que en nuestro Ordenamiento aparece recuperada en artículos tales como el 168.2, el 1.366 o el 1.904.2 por citar algunos, la vieja idea de equiparación entre el dolo y la culpa lata o grave que establecía el Digesto 50.16.226 al expresar "magna diligencia culpa est, magna culpa dolus est"), pues las dos resultan ser manifestaciones sucesivas de la culpabilidad, aunque sea difícil distinguir el dolo que la doctrina ha dado en llamar eventual, de la denominada culpa consciente por cuanto, precisamente, en esa "tierra de nadie" es donde ha sido aquél residenciado¹¹.

Y ello pese al esfuerzo doctrinal de autores como el propio SÁNCHEZ-GAMBORINO¹², que afirma que nuestro Ordenamiento no ofrece la posibilidad para aplicar el concepto de "culpa equiparable a

8 La fórmula que emplea el CMR es la más generosa para el cargador, ya que los restantes Convenios internacionales someten la posibilidad de inaplicar el límite de responsabilidad a condiciones de más difícil concurrencia en la práctica. Así, en relación con el transporte marítimo, el Convenio de Bruselas, modificado por los Protocolos de Bruselas de 23 de febrero de 1.968, Reglas Visby (que limitan la responsabilidad del porteador, modifican el ámbito de responsabilidad y prevén ésta, tanto para las reclamaciones contractuales, como para las extracontractuales) y de Londres de 21 de diciembre de 1.979 (que remite para la fijación del valor de la indemnización al signo monetario creado por el Fondo Monetario Internacional y establece una nueva limitación de responsabilidad), en su artículo 4, 5 e) afirma que "ni el porteador ni el buque tendrán derecho a beneficiarse de la limitación de responsabilidad que en este párrafo se determina si se prueba que el daño es resultado de un acto o de una omisión del porteador, que se produjo o con intención de provocar un daño o temerariamente y con conocimiento de que probablemente de ello se deduciría un daño". Por su parte, el sistema de limitación adoptado para el transporte aéreo por el Convenio de Varsovia (y redefinido por los Protocolos de la Haya de Montreal), solamente quiebra en los supuestos en los que el daño cuyo resarcimiento se interese proviniera de dolo o de faltas que, con arreglo a la Ley del Tribunal que entendiéndose del asunto, se consideren como equivalentes a dolo (art. 25 del Convenio), aunque dicha dicción fue sustituida por la que establece el artículo 13 del Protocolo de la Haya de 28 de septiembre de 1.955, en redacción que mantiene el Protocolo de Montreal nº 4, en vigor desde el 14 de junio de 1.998, que habla de "acción u omisión del transportista o de sus dependientes con intención de causar daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño", harto más rigurosa que la anterior y de mayor dificultad probatoria. El artículo 23 LOTT que afirmaba en su párrafo primero que "salvo para el caso de dolo el Gobierno podrá establecer límites máximos en relación con la responsabilidad de los transportistas derivada del contrato de transporte, los cuales serán aplicables en defecto del establecimiento expreso por las partes del valor de las mercancías a efectos de la consiguiente determinación de la responsabilidad. En los transportes sometidos a tarifas obligatorias, deberá preverse la adaptación de éstas, al referido pacto expreso de las partes en cuanto a la determinación de la responsabilidad", ha sido modificado por Ley 29/2.003, de 8 de octubre, y en el nuevo precepto ha sido desterrada esta causa de inaplicación del límite de responsabilidad, pues, ninguna referencia al dolo se efectúa. En efecto, el primero de los ordinales de dicho artículo afirma que "salvo que expresamente se pacten unas cuantías o condiciones diferentes, la responsabilidad de los porteadores de viajeros por las pérdidas o averías que sufran éstas estará limitada como máximo a la cantidad de 4,5 euros por kilogramo. La responsabilidad de dichos porteadores por los retrasos en la entrega de las mercancías no podrá exceder, salvo pacto en contrario, del precio del transporte".

9 STS de 27 de abril de 1973, RJ 1.973/1875.

10 SSTs de 18 de noviembre de 1983, ponente Sr. De la Vega Benayas, RJ 1.983/6488, 18 de marzo de 1991, ponente Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez, RJ 1.991/2265 y 13 de julio de 1995, ponente Sr. Villagómez Rodil, RJ 1.995/6003.

dolo”, por cuanto, derivada dicha expresión de la inglesa “wilful neglect” (descuido o negligencia intencionada), la misma no tiene encaje en nuestra norma, en la que la negligencia no puede ser intencional y, antes bien, se debe “al desconocimiento del concepto de dolo por los juristas anglosajones”.

Entiendo, por ello, que la vía del dolo eventual (conformado por la culpabilidad de quien se representa como posible un resultado dañoso, pese a lo cual se resuelve a actuar tal y como tiene previsto), resulta más que adecuada para resolver de una manera adecuada este concreto particular, aunque la reforma operada en nuestra norma interna (art. 23 LOTT), de la que hemos dejado constancia en la nota a pie de página número siete, puede reducir a letra muerta estas elucubraciones, habida cuenta de la ignorancia del dolo que evidencia como causa de inaplicación del límite de responsabilidad del transportista.

Sentado lo anterior, cumple afirmar que el problema verdaderamente delicado a la hora de aplicar o no la limitación de responsabilidad reseñada, se asienta en la determinación del litigante que ha de soportar la actividad probatoria acerca de la existencia del dolo.

¿Ha de ser el dolo del porteador denunciado y probado por el demandante que interesa el resarcimiento de su daño, como elemento constitutivo de su acción o, por contra, es el porteador el que ha de acreditar que no fue dolosa su conducta e interesar que le sea aplicado el límite de responsabilidad? Tanto en trabajos anteriores como en la actividad jurisdiccional en la que se ha suscitado esta cuestión, he defendido que ha de ser un hecho constitutivo de la pretensión y que, por tanto, ha de ser el demandante quien alegue y acredite el dolo en el que incurrió el transportista.

En principio, la prueba de los hechos en que ha de basarse la apreciación de esta figura corresponde al litigante que la reclama¹³-aunque, en la mayoría de los casos las pruebas que coadyuven a dicho fin, no tendrán el carácter de directas, sino de presunciones “hominis” a que se refiere el artículo 1253 del Código Civil, tal y como sostuvieron las SSTs de 4 de enero de

11 Pese a que la traducción más actualizada del Convenio, basada en las versiones francesa e inglesa del mismo, ya no hablan de “falta que le sea imputable”, sino de culpa, es preciso advertir que en nuestro derecho la culpa constituye una manifestación de la culpabilidad de menor intensidad que la dolosa, en cuanto no comporta conciencia y voluntad (o, al menos, representación), sino solamente falta de la diligencia precisa (que, en nuestro caso, sería, no la del buen padre de familia, sino la del ordenado comerciante o buen profesional), por lo que no podría ser equiparables ambas.

Ello no obstante, alguna sentencia (como la dictada por la Audiencia de Segovia con fecha 10 de noviembre de 1.999, en la que fue ponente la Magistrada Sra. Escudero Berzal, AC 1.999/8028) equipara el dolo a la culpa grave, aunque la conducta del demandado, consistente en dejar estacionado el camión durante la noche sin vigilancia hubiera sido, en realidad, demostrativa no de una grave negligencia sino de dolo eventual, pues habiéndose representado la posibilidad de que sucediera el evento dañoso, no por ello dejó de actuar como inicialmente concibió.

12 SÁNCHEZ-GAMBORINO, Francisco José. “La llamada culpa equiparable a dolo y sus consecuencias en el contrato de transporte”. Revista de derecho mercantil, nº 216, 1.995, págs. 723 y ss.

13 STS de 16 de enero de 1.987, ponente Sr. Carretero Pérez, RJ 1.987/300.

1949 y 24 de febrero de 1995¹⁴, que recoge la doctrina de aquélla-, si bien, esta regla ha de quedar, necesariamente matizada por los principios de facilidad probatoria, proximidad a la fuente de la prueba y lealtad procesal, máxime en una materia como la que nos ocupa, en la que la única parte que está, normalmente, en condiciones de facilitar una versión de lo acaecido es quien de modo profesional se dedica a la actividad de transportar mercancías.

La Audiencia de Barcelona (sección 15^a) ha afirmado en distintas ocasiones (sentencias de 10 de febrero¹⁵ y 15 de mayo de 1998¹⁶ y de 5 de julio de 1.999¹⁷), que exigir a la cargadora que demuestre que ha sucedido algo de lo que no tiene constancia, en un momento y lugar ignotos, supone tanto como exigir una prueba imposible -la llamada “diabolica probatio”, si bien, ello no ha de resultar equivalente, ni mucho menos, a excluir la limitación de responsabilidad de modo sistemático, ni a admitir a ultranza una inversión en la carga de la prueba, sino a ponderar las circunstancias del caso concreto, valorando las relativas al lugar, tiempo y modo en que tuvieron lugar los extravíos o deterioros denunciados.

Este sano casuismo ha llevado a entender doloso el comportamiento del conductor empleado “en el ejercicio de sus funciones” que causó daños en la mercancía transportada a consecuencia del accidente automovilístico que sufrió por culpa grave a él atribuida¹⁸; el de aquél al que le fue sustraída la mercancía al dejar estacionada la motocicleta sin ningún género de vigilancia, conducta que fue calificada de temeraria equiparable al dolo¹⁹; el de quien “al volante de un vehículo de grandes dimensiones y de carga varía la ruta que se le marcó, cruza un paso a nivel de ferrocarril, por lugar tan poco adecuado para el tránsito de vehículos que quedó atascado y rozando incluso cables de las instalaciones”²⁰; la “sucesión de pérdidas de objetos valiosos transportados, en cada una de las expediciones realizadas en los meses de agosto, octubre y diciembre de mil novecientos noventa y dos”²¹, la del que observó negligencia en la custodia de la mercancía²²; la derivada de la “inexistencia de candados o cualquier clase de alarma en el vehículo utilizado para verificar la fase terrestre

14 STS de 24 de febrero de 1.995, ponente Sr. Santos Briz, RJ 1.995/1111.

15 St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 10 de febrero de 1.998, ponente Sra. Rayo Ayezuren, Rollo de Apelación 840/96.

16 St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 15 de mayo de 1.998, ponente Sr. Gimeno-Bayón Cobos, Rollo de Apelación 1.397/96.

17 St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 5 de julio de 1.999, ponente Sr. Concepción Rodríguez, Rollo de Apelación 1.076/97, AC 1.999/1850.

18 STS de 9 febrero 1999, ponente Sr. Marina Martínez-Pardo, RJ 1999\1054.

19 St. A.P. de Pontevedra (Sección 5^a) de 22 enero 2001, ponente Sr. Lojo Aller, Rollo de Apelación núm. 231/2000, AC 2001\478 y St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 28 septiembre 1995, ponente Sr. Ferrándiz Gabriel, AC 1.995/2560.

20 STS de 9 de febrero de 1.999, ponente Sr. Marina Martínez-Pardo, RJ 1.999/1054.

21 St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 6 de abril de 1.998, ponente Sr. Ferrándiz Gabriel, Rollo de Apelación 865/97, que afirma que dicho presupuesto fáctico representaba la evidencia, “si no de una voluntaria omisión de los deberes contractuales de custodia, si, cuanto menos, de una grave impericia en la organización y ejecución de los transportes, merecedora de la calificación de temeraria y de un tratamiento equiparado al dolo, a los efectos de la limitación de responsabilidad”.

22 St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 31 de julio de 1.996, ponente Sr. Gimeno-Bayón Cobos, Rollo de Apelación 641/95, AC 1.996/1358 que, para rebatir la circunstancia de imprevisibilidad aducida por el porteador recurrente, afirma que “la imprevisibilidad de la sustracción en concreto no impide su previsión en abstracto, lo que impone a quien tiene el deber de custodiar las mercancías la adopción de medidas tendentes a evitar su apropiación por terceros”.

del transporte y de la falta de actividad de vigilancia y comprobación, teniendo en cuenta la inseguridad reinante en el lugar de destino²³, o la sustracción de diversos efectos que, estando bajo la custodia del porteador, desaparecen de un bulto que es desprecintado, manipulado y vuelto a precintar, “sin que conste denuncia del hecho ni datos indicativos de la injerencia de terceros extraños²⁴”.

Por el contrario, determinadas resoluciones llegan, con los mismos presupuestos, a soluciones adversas.

Así, la propia Audiencia de Barcelona, si bien distinta Sala, utiliza el citado límite de responsabilidad del transportista (en un supuesto de transporte nacional) por entender que resulta aplicable, incluso, ante conductas representativas de culpa o negligencia del porteador, toda vez que las reputa distintas de las dolosas²⁵, mientras que la sentencia de 8 de noviembre de 1.997 dictada por la Audiencia provincial de Valencia, al enjuiciar un supuesto de pérdida de las mercancías transportadas debido al robo del camión, declara la inexistencia de negligencia por la falta de medidas de seguridad de tipo pasivo o mecánico y por falta de vigilancia personal²⁶ y la dictada por la Sección 15^a de aquella Audiencia resuelve un litigio derivado del incendio del camión en el que se transportaban las mercancías (y, por tanto, de éstas), que el cargador atribuía al exceso de velocidad del conductor, afirmando que, además de no haber sido probada tal circunstancia con la contundencia que hubiera sido exigible, “no resulta lógico pensar que el conductor pudiera llegar a representarse que por el exceso de velocidad que se le atribuye, pudiera llegar a incendiarse el camión en el que circulaba²⁷”.

23 St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 5 de julio de 1.999, ponente Sr. Concepción Rodríguez, AC 1.999/1850.

24 St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 1 de febrero de 2.000, ponente Sr. Garrido Espá, Rollo de Apelación 22/2.001.

25 St. A.P. de Barcelona (Sección 12^a) de 24 de julio de 1.995, ponente Sr. Jiménez de Parga Gastón, Rollo de Apelación 386/93, AC 1.995/1382.26 St. A.P. de Valencia (Sección 9^a) de 8 noviembre 1997, ponente Sra. Escrig Oregana, Rollo de Apelación núm. 395/1996, AC 1997\2273.

27 St. A.P. de Barcelona (Sección 15^a) de 16 de abril de 2.001, ponente Sr. Concepción Rodríguez, Rollo de Apelación 447/99.

EL CONCEPTO DE DOLO Y “CULPA EQUIPARABLE A DOLO” POR PARTE DEL TRANSPORTISTA: ART. 29 DEL CONVENIO CMR

por

David MORÁN BOVIO

*Catedrático de Derecho Mercantil en la
Universidad de Cádiz
(Cádiz, España)*

Ofrecimiento

“SÁNCHEZ GAMBORINO” viene a ser en nuestros días, como las denominaciones de la industria o el comercio, un emblema que identifica más que a su titular.

Si se continúa con el símil del Derecho de marcas, se advierte que, así como las principales entre éstas poseen notoriedad para determinados productos, el famoso nomenclátor que se recuerda a los alumnos, de modo que la simple mención atrae atributos de calidad y reconocimiento para esos bienes, SÁNCHEZ-GAMBORINO queda vinculado a la materia del transporte (sobre todo, de mercancías) y, más concretamente, al de carretera. En esa área durante lustros constituye uno de los puntos de referencia, quizá el más importante en nuestro país. Cualquier listado de bibliografía sirve para la prueba de lo que se afirma. Así, SÁNCHEZ GAMBORINO equivale al transporte por carretera, y también lo contrario: el transporte por carretera se identifica con SÁNCHEZ GAMBORINO.

Ese fenómeno circular del nombre con renombre que delimita una actividad, la cual, a su vez, conduce al nombre, responde a una trayectoria profesional muy positiva en el foro, las instituciones internacionales, el cultivo de los saberes y su difusión en los círculos interesados, las publicaciones ...

Ocurre además, en el caso de quien recibe póstumo homenaje con estas páginas, otro hecho, importante para mí, que acompaña a los aludidos y, de alguna forma los redondea: a la valía personal une la categoría de fundador de una saga. FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO ha tenido continuación en su hijo FRANCISCO JOSÉ. Una secuencia particularmente intensa, como evidencia, de nuevo, el recurso a la lista de bibliografía, en la que ausente la designación de cristianar, sólo un iniciado distinguirá la obra paterna de la filial.

Las anteriores reflexiones se entienden mejor para quien careció de la fortuna de tratar personalmente al fundador del prestigioso despacho, y está por evitar otro tanto con su sucesor, pese a la muy amistosa relación que hace tiempo nos une.

Esa amistad justifica la presencia, junto a los consumados expertos, de un aficionado, quien tampoco puede ser distinguido por sus contribu-

ciones profesionales al transporte por carretera. Lo cual acrecienta la intensidad de mi gratitud por la invitación a tan sobresaliente homenaje, y alivia las carencias de cualquier ofrecimiento que pudiera tributar.

Preámbulo

Únicamente el afecto explica, pues, este ejercicio e igual motivo funda la contribución. Lo último requiere unas palabras adicionales.

El Profesor SCHELIN (Universidad de Uppsala), influido por la bonhomía del Profesor BULL (Universidad de Oslo), me convocó a una reunión sobre el CMR para la primera semana de junio de 2002. El deseo de ofrecer allá un texto que fuese extracto de otro trabajo más extenso, quedó reducido, por diferentes circunstancias, afortunadamente todas de índole profesional, a lo primero: unas notas escritas en inglés.

Al elaborarlas me vi como ahora. Y para tratar de excusar impericia, recurrí al protagonista de una fábula de TOLKIEN: NIGGLE. Es pintor y sueña con un árbol que no logra llevar al lienzo antes de partir para ese viaje inevitable, necesario y definitivo, sin vuelta al origen. Pero disfruta “de su árbol”, con los matices, sombras y entorno en que lo pintaba..., en la fase final del itinerario emprendido contra su voluntad. Apuntaba que así es nuestra vida: con el estudio tratamos de clarificar el Derecho, pero tan soñada aspiración sólo podrá ser contemplada al concluir nuestra historia personal.

Conviene traer aquella consideración acerca de lo inacabado por varios motivos. Primero, porque parece igualmente útil cuando se intenta, como NIGGLE, esbozar sólo algunas brochazos sobre el dolo del porteador en el artículo 29 del CMR; segundo, porque aquellas notas para la intervención en el seminario sobre el CMR, acogieron el beneplácito del organizador en el presente homenaje, quien sólo impuso recibirlas en el idioma en que están siendo leídas, indicación atendida con rigor pues apenas han sido muy ligeramente modificadas; tercero, porque así se entenderá el sentido de lo que sigue: un escrito para propiciar el debate bien lejano a brindar una hipotética solución madurada.

Plan y límites

Para tal propósito se abren dos secciones. La primera considera el artículo 29 del CMR en el contexto de los preceptos paralelos de otras Convenciones sobre transporte. La segunda acoge algunas reflexiones sobre dicho precepto tratando de subrayar la diferente interpretación que siguen algunas jurisdicciones. Se acaba con una nota de cierre.

Enseguida se advierte que semejante orden es asimilable al que sigue el Profesor CLARKE en las ediciones de su obra y coincide con el de otros volúmenes dedicados la materia. Probablemente sea así porque el plan propuesto constituye la vía preferible para recorrer las cuestiones que el artículo 29 suscita.

Los límites vienen marcados junto con la finalidad de mencionar únicamente los aspectos más sobresalientes de la cuestión, por el título de otras intervenciones (en aquél seminario), particularmente la de JACOBUS BRACKER dedicada al robo de mercancías en las carreteras (la práctica tristemente famosa del highway robbery).

1. El artículo 29 del CMR y su contexto

Coincidió parcialmente la preparación de mi intervención con la asistencia a uno de los Grupos de Trabajo de UNCITRAL. Fines de semana y algunas tardes me beneficié de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham. Allí encontré casualmente al Profesor SWEENEY, colega por años en las tareas de la Comisión y a cuya generosidad sin límite se rinde la amistad. Al anunciarle la materia sobre la que intentaba trabajar, presentada como «wilful misconduct», él afirmó: «la Convención de Varsovia antes de ser enmendada por el Protocolo de La Haya, ¡esa es una de mis tareas de estudio!». Añadí entonces la mención al CMR, pero pudimos continuar con la discusión, porque el texto del artículo 29 del CMR está enraizado en el artículo 25 de la Convención de Varsovia.

Es bien conocida la modificación del artículo 25 de la Convención de Varsovia por el Protocolo de La Haya (1955). En un intento de lograr un régimen más objetivo, la «wilful misconduct» o su equivalente, fue transformada en «an act or omission ... done with the intent to create damage or recklessly and with the knowledge that damage would probably result».

Desde entonces esa nueva redacción ha llegado a diferentes Convenciones: al Protocolo de Visby (letra e del párrafo 5 del artículo 4 y párrafo 4 del nuevo artículo 4 bis) con el que se enmienda la Convención de Bruselas de 1924 y al párrafo 1 del artículo 8 de las Reglas de Hamburgo, entre otras.

En comparación con el artículo 29 del CMR la nueva fórmula tiene la ventaja, primero, de integrar completamente en el área común de la exégesis de la Convención los comportamientos ajenos al estándar contractual, dejando a un lado la referencia a los Derechos nacionales; segundo, aporta el beneficio de clarificar algo más los cánones del deber de diligencia que ha de ejercitar el porteador o sus colaboradores.

La reciente modificación del Derecho nacional alemán en la materia, por aludir a la más nueva reforma del Derecho nacional en nuestra vecindad, adopta igual texto (sección 435, según la traducción amablemente suministrada por la Deutsche Gesellschaft für Transportrecht).

Tal unanimidad en el tratamiento de las conductas ajenas a los deberes ordinarios del contrato, hace más interesante poner los ojos en la solución adoptada en la Convención de Montreal (1999), párrafo 3 del artículo 22, para el transporte aéreo de mercancías. El límite de responsabilidad de los 17 SDR no puede deshacerse, pese a que se pruebe la falta

de la diligencia debida por el porteador o sus agentes. Si los interesados en la carga desean contar con un límite superior de indemnización para el caso de pérdida, daño o retraso de las mercancías, el cargador ha de realizar una declaración especial de valor para las mercancías en la entrega y abonar una suma suplementaria si el caso lo requiere.

Mas, aunque el cargador haya realizado esa declaración especial, el porteador puede dejar de pagar la suma declarada, si prueba que ésta supera el valor real de las mercancías para el expedidor en el lugar de destino.

Si se está de acuerdo en ese modo de ver el párrafo 3 del artículo 22 de la Convención de Montreal (1999), podría decirse que el Derecho del transporte de mercancías se aproxima a dar un giro, muy sustancial, podría predicarse, con el nuevo siglo. Ciertamente, una limitación cuantitativa de responsabilidad que sólo puede ser sobrepasada por la declaración del cargador acerca del valor del objeto transportado, constituye un hito en el panorama general de ese sector del Derecho. Las consecuencias que pueda tener para el transporte de mercancías por carretera, creo que están por ser discutidas.

2. El sistema del artículo 29 del CMR

En el Derecho del transporte se optó hace tiempo por establecer una limitación cuantitativa de la responsabilidad del porteador. Los interesados en las mercancías, sin necesidad de hacer una declaración especial sobre el valor de los bienes (y, eventualmente, acreditarla), saben qué recibirán en el caso de que los objetos transportados resulten perdidos o dañados: una cantidad dineraria fija que los instrumentos internacionales predeterminan. El porteador no necesita comprobar qué es lo que está cargando en cada momento ni determinar su valor. Su prestación se limita, una vez se le entreguen los bienes, a darles traslado hasta el destino acordado. Si sufrieran daño el Derecho resuelve la cuantía de la indemnización que deberá abonar.

La limitación cuantitativa de la responsabilidad no parece que pueda ser juzgada como algo contrario al cargador o al porteador, ya que uno y otro pueden contratar un seguro para ponerse a cubierto, total o parcialmente, de los inconvenientes que el sistema les irroge.

Tal perspectiva aseguradora evidencia que hay algo, por así decir, peculiar que se constituye en el objeto de la cobertura para el porteador o el cargador: los actos u omisiones realizados con la intención de crear un daño, o temerariamente y a sabiendas que el daño probablemente sobrevendría. Esa falta intencional y la derivada de la negligencia patente, puede ser excluida de la cobertura de los contratos de seguro para el transporte.

La razón de esa exclusión enlaza con la conveniencia de evitar que se protejan los actos u omisiones contrarios a los deberes ordinarios que derivan del contrato entre las partes.

Tal principio parece encontrarse en la base del artículo 29 del CMR, pues justificaría tanto que esos comportamientos rompan los límites cuantitativos de la responsabilidad, como que se haga soportar al porteador las consecuencias que nazcan de ellos.

3. Algunos detalles sobre el artículo 29 del CMR

Es oportuno recordar que el artículo 29 constituye el único y exclusivo error manifiesto e importante que cometieron los redactores del CMR («le seule erreur sérieuse et manifeste», LOEWE, RDU/ULR, 1996, 3, 438).

Tal fallo puede reducirse a los dos aspectos siguientes:

- a) el propio texto del precepto, cuya falta de acierto puede demostrarse con el cambio en el artículo 25 de la Convención de Varsovia y la continuidad de la nueva fórmula en textos sucesivos.
- b) la referencia al Derecho nacional.

a) Acerca del texto del artículo 29 del CMR

El problema reside en las palabras «wilful misconduct» y como consecuencia en lo que se puede entender como conducta equivalente, al igual que con «dol» y la «faute equivalente».

Se trata de términos afectados por diferentes dificultades. Aún en el ámbito de un Derecho nacional no poseen sentido claro, unívoco, y carecen de interpretación estable y pacífica.

En las Convenciones internacionales o en otros textos que se redactan para ser usados en diferentes lenguas oficiales, la experiencia se ha encargado de demostrar que resulta preferible recurrir a vocablos neutrales que no posean características muy definidas en los diferentes sistemas jurídicos.

Y cuando lo anterior no se puede eludir, parece recomendable que el texto incluya un glosario específico para el instrumento (lo cual, dicho sea al paso, falta en el CMR).

En ese sentido, como ejemplifica la modificación en el artículo 25 de la Convención de Varsovia, parece mucho mejor que se establezca qué se pretende con el supuesto de hecho, a que se recurra a un término jurídico ya acuñado en algún sistema.

Aquello que pueda ser criticado de la expresión «wilful misconduct» puede ser amplificado para la conducta equivalente: cuando la primera referencia («wilful misconduct») de la analogía resulta problemática por la ausencia de nítidos perfiles, las dificultades de las asimiladas no parecerá necesario explicarlas («conduct equivalent to» «wilful misconduct»).

b) Referencia al Derecho nacional

Otra deficiencia es la referencia al Derecho nacional, en tanto que la «wilful misconduct», o la conducta equivalente, ha de ser estimada por los jueces nacionales según su Derecho.

Es conocida la división en dos grupos que quienes escriben sobre el tema han practicado: mientras los jueces en Bélgica, Países Bajos y España suelen ser agrupados porque mantienen un estándar estricto para reconocer la presencia de «wilful misconduct», o la conducta equivalente, los otros países signatarios del CMR (cuyas decisiones son más fácilmente leíbles) parecen encontrarse en una posición diferente. En buena parte de los países de este grupo se abandona la referencia a la «wilful misconduct» para sustituirla por «gross negligence».

4. «Gross negligence» / «wilful misconduct»

La identificación entre «gross negligence» y «wilful misconduct» continúa presentando los obstáculos relacionados con los parámetros subjetivos de ambos términos.

Pese a la discusión acerca de los aspectos objetivos que podría encerrar la «gross negligence» pueden encontrarse, al menos, en afirmaciones muy generales, acuerdos parciales acerca de su significado:

- un acto u omisión ajeno a las reglas profesionales del transporte,
- la posibilidad de daño a las mercancías,
- la falta de adopción de los medios adecuados para evitar ese daño,
- la aparición del daño como consecuencia de lo anterior.

Mas el intento de objetivar el contenido de la «gross negligence» demuestra que la materia no es matemática, pues cualquier pretensión de completa exactitud resulta difícil de alcanzar. El motivo se eslabona a cada uno de los cuatro puntos que se han tratado de destacar, sobre los que pueden establecerse amplias discusiones.

Fijémonos en el tercero, la adopción de medios adecuados para evitar el daño. El término encierra un conjunto de elementos de carácter subjetivo, porque la actividad dirigida a disponer los instrumentos o las medidas para impedir el daño requiere una persona que las realice. Y, a su vez, el grado de conocimiento de esa persona variará en las diferentes circunstancias profesionales.

Conviene subrayar que la fórmula adoptada en La Haya para el artículo 25 de la Convención de Varsovia tampoco puede desprenderse por completo de ese carácter subjetivo. Es lo que ocurre con la expresión «intent to create damage» o con «knowledge that damage would probably result».

Ese aspecto subjetivo de esta interesante materia ha seguido originando problemas, porque los jueces no son empresarios y no resulta fácil que juzguen como éstos la realidad que se les somete a su consideración.

5. Una “no conclusión”

Los casos de «gross negligence» en el CMR ofrecen una línea conclusiva irregular, intermitente, rota que puede ser objeto de reflexión después de estas notas introductorias. De todos modos, da la impresión de que esa línea apunta a la conveniencia de establecer una “regla profesional” como medio para generar mayor armonía en la interpretación del CMR.

Con esa “regla profesional” la perspectiva a adoptar en el juicio de los hechos y en la exégesis de los preceptos, sería la respuesta a la pregunta, cuál hubiese sido la conducta de un profesional en iguales circunstancias. Tal indagación quizá podría abrir nuevos “caminos comunes” al aplicar el CMR.

UNIFORMIZACIÓN Y DESUNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRANSPORTE POR CARRETERA: EL ART. 29 DE LA CONVENCIÓN CMR Y OTROS FACTORES

por

Robert WIJFFELS

Abogado

Director de la Revista EUROPEAN TRANSPORT LAW

(Amberes, Bélgica)

El recuerdo de Francisco Miguel Sánchez Gamborino quedará grabado en nuestra memoria como el de un Grande de España, entre los más ilustres especialistas del Derecho internacional privado regulador del transporte de mercancías por carretera.

El conoció el tiempo en que las diversas legislaciones nacionales aplicables a este modo de transporte se diferenciaban y se oponían las unas a las otras hasta el punto de formar un caleidoscopio incomprensible. Así fue hasta el advenimiento de la Convención CMR.

El Abogado Sánchez Gamborino fue un incansable promotor de la uniformización necesaria para la seguridad jurídica que fue finalmente promovida por la «Convención relativa al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera», aprobada en Ginebra en 19 Mayo 1956, que entró en vigor en 2 Julio 1961.

Fue de aquellos a quienes parecía evidente, deseable y necesario, que un mismo espacio económico estuviese sujeto a un mismo régimen jurídico. Consideraba desde entonces que, más que en cualquier otra materia, la uniformidad y la seguridad jurídica del transporte internacional de mercancías por carretera necesita la sumisión a unas mismas reglas, acompañadas por una aplicación homogénea.

La extensión del campo de aplicación de la Convención CMR, limitada inicialmente a cinco países: Austria, Francia, Italia, Países Bajos y Yugoslavia, ha conocido un éxito incomparable.

Actualmente, no sólo todos los estados europeos han ratificado o se han adherido a la CMR, sino además, muchos otros países situados más allá de las fronteras de la Unión Europea se han incorporado a su aplicación: así, Rusia, Belarús, Kazajistán, Kirguizistán, Tajikistán, Turkmenistán, Uzbekistán, Irán, Turquía, Marruecos y Túnez.

No contentos con aplicar la Convención CMR sólo a los transportes internacionales, varios países han adoptado sus reglas también para su transporte nacional.

Actualmente, se piensa incluso en incorporar la Convención CMR al régimen jurídico propio de la Unión Europea. La CMR consti-

tuiría así la ley aplicable a todos los transportes efectuados dentro del espacio de la Unión Europea (Bernardeau, L.: «La CMR en tant que règle des transports intérieurs», ETL 1998, Amberes, Bélgica, pág. 785).

El honor de este éxito se debe a los redactores de la Convención CMR, y sobre todo al Profesor Roland Loewe, así como a todos aquellos que, como el Abogado Sánchez Gamborino, han contribuido a uno de los balances más brillantes y más espectaculares que una obra de unificación jurídica haya podido esperar (cfr. Loewe, R.: «La CMR a 40 ans». Revue de droit uniforme, UNIDROIT, Roma, 1996-3).

Otras eminencias, como el Profesor Jacques Putzeys, no han dudado en calificar la CMR como el «gran instrumento de unificación del Derecho» (Putzeys, J.: «Études offertes à Barthélémy Mercadal», Éditions Francis Lefevre. Levallois-Perret, Francia, 2002; p. 512).

La CMR es sin duda un gran instrumento de unificación, pero no es un instrumento perfecto por varios motivos. Uno de ellos es que, según las legislaciones nacionales, divergentes entre sí, la aplicación de su artículo 29 cambia con las fronteras.

Como es sabido, el art. 29 de la CMR dice así:

1.-El transportista no tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones del presente capítulo que excluyen o limitan su responsabilidad, o que invierten la carga de la prueba, si el daño ha sido causado por su dolo o por culpa que le sea imputable y que sea equiparada a dolo por la Ley de la Jurisdicción que conozca la reclamación.

2.- Esto mismo se aplicará al dolo o culpa de los empleados del transportista o de cualesquiera otras personas a cuyo servicio el transportista haya recurrido para la realización del transporte, siempre que éstos actúen en el desempeño de sus funciones. En tal caso, dichos empleados o dichas otras personas no tendrán derecho a prevalerse, en lo que respecta a su responsabilidad personal, de las disposiciones del presente capítulo mencionadas en el párrafo anterior.

Con la remisión a la ley nacional de cada país, el objetivo de uniformidad en la aplicación de la CMR no se alcanza por lo que respecta a un derecho tan importante para el transportista como es invocar las disposiciones que excluyen o limitan su responsabilidad o que invierten la carga de la prueba.

La CMR sufre, pues, un cisma entre: por una parte, los países que, inspirándose en el principio tradicional «culpa lata dolo aequiparetur», aplican la responsabilidad ilimitada del transportista en caso de culpa grave objetivamente equivalente a dolo (Austria, Alemania, Francia, Inglaterra, Dinamarca, Finlandia), y por otro lado, los países que admiten la exclusión o limitación de responsabilidad solo cuando existe la prueba

de un elemento subjetivo –temeridad consciente- por el transportista que incurrió en culpa grave (Bélgica, Países Bajos, España, Portugal) de manera que en este segundo grupo de países resulta prácticamente imposible superar los límites máximos de responsabilidad previstos por la CMR.

Es evidente, y humanamente comprensible que todo transportista incurso en culpa grave intentará escapar a una responsabilidad ilimitada buscando refugio en los Tribunales cuya Jurisprudencia le resulte favorable, y para ello recurrirá a la comparación y elección del Foro o Tribunal más ventajoso: lo que se ha venido a llamar el «forum shopping».

Es, pues, la formulación desgraciada del art. 29 de la CMR, con justicia el precepto más criticado de esta Convención, la que –con su reenvío a la Ley nacional- ha hecho nacer una multitud de interpretaciones nacionales, divergentes tanto en doctrina como en jurisprudencia, con un resultado deplorable para la unificación del Derecho buscada por la propia Convención (cfr. Lacasse, N. y Putzeys, J.: «L'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route», ETL, Amberes, Bélgica, nº 6-2003, pág. 673 y ss.).

Subsidiariamente, es forzoso señalar que la CMR está también afectada de desuniformización por la diversidad inherente a la multiplicidad de lenguas en las cuales se expresa.

Incluso los dos únicos textos oficiales de la Convención –el inglés y el francés- no son absolutamente concordantes entre sí.

Así, volviendo como ejemplo al art. 29, vemos cómo la expresión francesa «faute lourde» (culpa grave) no existe en inglés, de manera que la CMR contiene una falta de traducción al traducir «faute lourde» por el término «wilful misconduct» (mala conducta voluntaria) y viceversa. Más aún: los peligros de distorsión en la aplicación de la Convención CMR provocados por la divergencia de entre ambos textos oficiales amenazan «a fortiori» las traducciones subsiguientes a las lenguas de los numerosos países que han ratificado la Convención.

Señalemos finalmente, para terminar, que los estados parte de la Organización para la Armonización del Derecho de los Negocios en Africa –OHADA-, es decir: Benín, Burkina Faso, Camerún, Centrafrica, Comores, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Mali, Niger, Senegal, Tchad y Togo (datos 2003), de los cuales unos tienen la tradición del Derecho Civil francés mientras que otros la tienen del «common law» inglés, han adoptado en 22 Marzo 2003 el «Acta Uniforme relativa a los contratos de transporte de mercancías por carretera» (AUCTMR), que entró en vigor en 1 Enero 2004, para ser directa y obligatoriamente aplicable en los dieciséis países miembros de dicha Organización, los cuales desde ese día «no pueden ya adherirse a la CMR» (vid Lacasse, N. y Putzeys, J.: «L'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route», ETL, Amberes, Bélgica, nº 6-2003, pág. 682 y ss.).

Por tanto, también la Convención AUCTMR, aunque sumamente inspirada en las reglas de la Convención CMR, contribuye a la «desuniformización» del Derecho internacional de los transportes a nivel planetario.

A pesar de todo, numerosos estados africanos continúan por medio de la AUCTMR beneficiándose del camino trazado por la CMR, de la cual aquélla ha copiado literalmente varios artículos, habiendo tenido la encomiable sabiduría de reemplazar el art. 29 de la CMR por el art. 21 de la AUCTMR, cuya redacción parece más clara: «El transportista no será admitido al régimen de exoneración o de limitación de la responsabilidad prevista en la presente Acta uniforme, ni al de la prescripción prevista en el art. 25, si se prueba que la pérdida, la avería o el retraso en la entrega resultaron de un acto o de una omisión cometidos, sea con la intención de provocar esa pérdida, esa avería o ese retraso, sea temerariamente y sabiendo que esa pérdida, esa avería o ese retraso probablemente resultarían de tales acto u omisión».

La AUCTMR de esta manera ha sustituido un régimen híbrido por un régimen uniforme que rechaza estos beneficios en caso de culpa grave.

Aún así, la Convención CMR no por ello deja de ser un gran instrumento que ha trazado la vía hacia la unificación y que incuestionablemente ha creado una mayor seguridad jurídica.

Si es necesario admitir que la CMR contiene algunas imperfecciones, no es menos cierto que no es necesario esperar para emprender ni de haber logrado el éxito para perseverar. Y lo que decimos para la CMR vale *mutatis mutandis* para todo el transporte internacional de mercancías por mar, por tierra, por aire y por vías fluviales. En cada ámbito habrá que perfeccionar las reglas para que respondan a la necesidad de la «seguridad jurídica», con demasiada frecuencia maltratada.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

EL TRANSPORTE SUCESIVO EN EL CONVENIO CMR, ARTS. 34 A 40: UN MODELO AGOTADO

por

Alberto EMPARANZA SOBEJANO

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

(San Sebastián, España)

1. Planteamiento

1. El art. 34 del Convenio CMR regula la modalidad de transporte por carretera cuya realización se lleva a cabo por varios transportistas sucesivamente. El examen de este precepto exige comenzar por definir el concepto de transporte sucesivo porque el régimen de responsabilidad que el CMR impone a este tipo de transporte es sumamente gravoso para todos los que han intervenido. Si el destinatario les plantea una reclamación por los daños causados en las mercancías transportadas, cualquiera de ellos deberá hacer frente a la reclamación porque responden de la íntegra ejecución del transporte aunque no hayan sido los causantes de dichos daños. Ahora bien, ello no obsta para que desde una perspectiva interna el porteador que sea objeto de una reclamación de estas características y sin haber sido su causante directo resarza al perjudicado de los daños ocasionados en las mercancías, pueda regresar contra éste y recuperar la indemnización abonada (art. 37 CMR). Se trata, en definitiva, de una regulación claramente protectora de los intereses del acreedor de la prestación de transporte que solamente en el ámbito interno admite alteraciones derivadas de los pactos suscritos entre los intervinientes (art. 40 CMR).

2. Este trabajo está destinado a formar parte del libro *In Memoriam* a D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, tratando de servir de tributo personal a una de las personas que en nuestro país más ha hecho en favor del estudio del derecho del transporte terrestre. Como estudioso de esta materia he podido apreciar la gran calidad de sus múltiples trabajos y, aunque no tuve la fortuna de conocerle personalmente, pude comprobar su calidad humana cuando en el año 1992, recién iniciada mi actividad investigadora y carente de especiales méritos académicos, me atreví a enviarle un trabajo sobre la prescripción en el Convenio CMR. Pretendía con ello que D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino lo publicara en la *Revista General de Derecho* dentro de la sección de Derecho del Transporte que él dirigía, lo que hizo prontamente y con todo tipo de parabienes. Espero que este trabajo sobre el régimen del transporte sucesivo en el CMR sirva de muestra de mi reconocimiento a su trayectoria, y en el que he tenido presente que este convenio internacional ha sido una norma estudiada muy en profundidad por el homenajeado, y cuya senda tan bien ha sabido continuar su hijo Francisco José.

2. Significado y finalidad de la regulación

1. La realización de un transporte por varios porteadores es un fenómeno habitual en el mundo del transporte internacional por carretera.

Resulta frecuente que un transporte sea ejecutado por distintos porteadores que se encargan cada uno de ellos de realizar una parte del itinerario en función de sus disponibilidades operativas. Sin embargo, las posibilidades de colaboración entre distintos porteadores terrestres a la hora de realizar un transporte difieren según el alcance de los compromisos asumidos con el acreedor de dicha prestación, distinguiéndose a tal efecto entre transporte con reexpedición, transporte con subtransporte y transporte sucesivo o combinado¹. Pues bien, el art. 34 CMR se refiere exclusivamente al supuesto del denominado transporte combinado o sucesivo en el que todos los porteadores intervinientes en la ejecución del envío asumen conjuntamente dicha realización de forma que no sólo responden del trayecto que han efectuado sino también del correcto desarrollo del transporte en su conjunto².

2. La situación legal prevista en esta sede es claramente favorable a los intereses del destinatario. En efecto, el art. 34 CMR establece que en un transporte combinado o sucesivo, tal como lo define el mencionado Convenio Internacional, responden de la correcta entrega de las mercancías todos los porteadores intervinientes en el transporte aunque el art. 36 CMR limita las posibilidades de reclamación al porteador contractual, al porteador último que entrega las mercancías al destinatario, y al porteador durante cuyo traslado se produjo el daño de las mercancías. En cualquier caso, hay que reconocer que desde la perspectiva del acreedor de la prestación de transporte, es un régimen muy ventajoso porque incrementa el número de deudores responsables del transporte y, por tanto, las posibilidades de cobro de la indemnización en caso de que se produzcan daños durante el transporte³. Además, al abrir la posibilidad de reclamar al porteador que esté domiciliado en el país del destinatario facilita y abarata el coste de la potencial pretensión.

3. Pero el régimen del art. 34 CMR también favorece los intereses del porteador contractual, que es quien se ha comprometido con el cargador a realizar el transporte. De la regulación consagrada en el CMR para los transportes combinados o sucesivos se deduce que el porteador contractual puede hacer responsable al porteador efectivo de los daños causados en las mercancías aunque no haya podido demostrar que éste los haya producido, o que hayan tenido lugar durante el tiempo en que esta-

1 Sobre ello vid., in extenso SÁNCHEZ ANDRES, "El transporte combinado de mercancías", RDM 135-136 (1975), 56 ss; más recientemente GABALDÓN, "Intermediarios del transporte y porteadores contractuales", RDM 239 (2000), 1724 ss; nos hemos hecho eco de esta distinción en nuestro trabajo EMPARANZA, El concepto de porteador en el transporte de mercancías, Granada 2003, 39 ss.

2 Sobre el régimen del transporte sucesivo en el CMR, pueden consultarse, además de las obras generales más acreditadas y de los comentarios realizados al Convenio, HEUER, "Aufeinanderfolgende Frachtführer nach Art. 34 ff. CMR", TransPr 1984, 169; en nuestro idioma, THEUNIS, "La Convención CMR y el transitario. Problemas en relación a los transportistas sucesivos", RGD 1988, 251 ss.

3 En definitiva, se reduce notablemente el riesgo de insolvencia del deudor de la prestación (lo destaca KOLLER, Transportrecht, 5. Aufl. München 2004, vor Art. 34 CMR Rz. 1; igualmente HUTHER, en EBENROTH/BOUJONG/JOOST, Handlungsgesetzbuch Bd. 2 München 2001, Art. 34 CMR RdNr. 2).

ban en su poder (art. 37 CMR). Ello supone, en definitiva, aumentar las posibilidades de imputación de responsabilidad a los porteadores intermedios que han participado en la ejecución del envío, lo que debe ser tenido en cuenta porque el carácter dispositivo de la relación interna entre porteadores (art. 40 CMR) puede limitar ulteriores acciones de regreso⁴.

4. La regulación del CMR pretende, en suma, atribuir un elevado grado de responsabilidad a los intervinientes en este tipo de transportes, lo que hace necesario delimitar adecuadamente dicha modalidad a fin de ponderar los casos en que la realización de un transporte por varios porteadores, tan habitual por otra parte en la práctica, pueda incluirse dentro de la modalidad contemplada en el art. 34 CMR.

3. Contenido de la regulación: el modelo consagrado en el CMR

1. La regulación del transporte sucesivo prevista en el Convenio CMR sigue fielmente el modelo consagrado en el Convenio Internacional de transporte de mercancías por ferrocarril (CIM), como se comprueba acudiendo al texto actual del art. 35 CIM cuyo origen se remonta al art. 26 CIM de la versión de 1952 y que fue el inspirador directo de la regulación que nos ocupa⁵. Conforme a dicho régimen, si bien cada operador ferroviario se encarga de la ejecución de su parte del recorrido, todos los intervinientes en el envío se hallan sujetos a una suerte de régimen de solidaridad pasiva que les hace responsables de la totalidad del transporte como consecuencia de haber asumido colectivamente el compromiso de realizar el transporte⁶.

Esto significa que la regulación del transporte sucesivo del CMR se ha basado en un modelo legal que ha tenido mucho más en cuenta la situación del transporte por ferrocarril que propiamente la del transporte por carretera, con la peculiaridad de que ambos tráficos sin embargo, se han desarrollado en escenarios económicos y jurídicos bien distintos. Así, hasta hace poco tiempo las empresas de transporte por ferrocarril, la mayoría de ellas de capital público o titularidad estatal, han gozado en sus respectivos países de un monopolio del transporte en este medio. Por ello los transportes internacionales por ferrocarril han sido tradicionalmente transportes sucesivos en los que al compromiso asumido por un porteador ferroviario se le sumaban los del resto de operadores ferroviarios de otros países que asumían las condiciones suscritas inicialmente por el primero. Las empresas ferroviarias no han sido en este sentido directas competidoras entre sí ya que tenían muy delimitadas sus áreas de dominio e influen-

4 Llama la atención sobre este particular KOLLER, *Transportrecht*, vor Art. 34 CMR Rz. 1 in fine.

5 Vid. BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch* Bd. 7, *Transportrecht* §§ 407-457, München 1997, Art. 34 CMR RdNr. 6.

6 En general sobre el régimen del transporte combinado en el Convenio CIM, EMPARANZA, "El transporte internacional de mercancías por ferrocarril (COTIF-CIM)", *El contrato de transporte*, Manuales de formación continuada CGPJ, Vol. 1, Madrid 2002, 425 ss.

cia. Eso explica que no pusieran ninguna objeción a asumir las condiciones del porteador anterior porque, cuando el transporte se realizara en sentido inverso, estaban en condiciones de poder imponer a los porteadores subsiguientes las mismas obligaciones que habían tenido que soportar. Por la misma razón tampoco suponía ningún inconveniente para las empresas ferroviarias que el resto de porteadores intervinientes en el transporte internacional conocieran sus estipulaciones contractuales y, sobre todo, sus tarifas, porque éstos no estaban en condiciones, ni tenían interés alguno, en captar su clientela, que constituía un claro ejemplo de mercado cautivo invulnerable a cualquier influencia exterior⁷.

2. Pues bien, esta situación sucintamente expuesta nunca ha estado presente en el moderno transporte internacional de mercancías por carretera. Las empresas de transporte por carretera nunca han dispuesto de ningún tipo de monopolio en el ámbito del transporte internacional. Para ellas todo porteador que interviene en la realización de un envío que él se ha comprometido a realizar es un competidor potencial. Por eso en el transporte por carretera siempre ha resultado insólito el que los porteadores sucesivos pudieran conocer las condiciones en las que el cargador y el porteador principal habían pactado el transporte combinado porque aquellos, a la vista de lo anotado en la carta de porte, podían en tal tesitura ofrecer al acreedor del transporte mejores condiciones de transporte e incluso un porte más reducido que era el que, en definitiva, les iba a abonar el porteador principal. Además escapa a cualquier lógica comercial que los porteadores intervinientes en un transporte admitan ser responsables de las actuaciones de otros operadores y asuman responsabilidades superiores a las que han de hacer frente como consecuencia de su actuación singular.

3. De lo expuesto hasta ahora se deduce que el modelo de regulación del transporte sucesivo en el CMR está basado en una realidad socioeconómica que no se ajusta a las características del mercado de transporte por carretera⁸. La fuerte competencia entre los porteadores por carretera, la propia opacidad del mercado de portes, la negativa de los porteadores a asumir una responsabilidad superior a la que les corresponde por la realización del trayecto comprometido, y, sobre todo, el agravamiento que supone para los porteadores efectivos que pueden ser objeto de reclamación por daños no cometidos durante su actuación, son algunas de las causas de que en el transporte internacional de mercancías por carretera los modos de colaboración entre porteadores no hayan seguido el modelo del art. 34 CMR⁹. Esta afirmación se comprueba por su escasa incidencia prác-

7 Describe extensamente este proceso BASEDOW, Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, Art. 34 CMR RdNr. 6.

8 Por eso es precisamente por lo que no resulta normalmente aplicable al CMR esta modalidad contractual, ya que aunque su regulación está prevista en los arts. 34 ss CMR, las empresas de transporte por carretera no han compartido en modo alguno este contexto socio-económico en el que surgió el CIM (así MUTZ, "Evolution du droit de transport international terrestre: une comparaison des RU CIM et de la CMR", Uniform Law Review 1998, 616).

9 Así lo reconocen en la doctrina extranjera, vid. KOLLER, Transportrecht, vor Art. 34 CMR Rz. 3; BASEDOW, Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, Art. 34 CMR RdNr. 7; HUTHER, en EBENROTH/BOUJONG/JOOST, Handelsgesetzbuch, Art. 34 CMR RdNr. 4; en la doctrina española, EMPARANZA, El concepto de porteador, 46.

tica, su reducida aplicación jurisprudencial, todo lo cual ha hecho que se postule incluso su derogación por el fracaso que ha cosechado este modelo regulado¹⁰.

4. Requisitos de aplicación del Art. 34 CMR

4.1. Premisa

Como antes se ha indicado, la severidad del régimen de responsabilidad del transporte sucesivo hace necesario delimitar el tipo de transportes con pluralidad de portadores que quedan sometidos a dicha regulación. El Convenio CMR establece una serie de requisitos que deben cumplirse para que un transporte realizado por varios portadores pueda quedar subsumido dentro de la noción de transporte sucesivo. En concreto, el art. 34 exige que el transporte “esté sometido a un solo contrato”, sea “ejecutado por sucesivos transportistas por carretera”, siendo responsables de su ejecución tanto el segundo transportista como los siguientes “por la mera aceptación de la mercancía y de la carta de porte”. Con el fin de analizar adecuadamente la concurrencia de estos requisitos conviene realizar un examen individualizado de cada uno de ellos.

4.2. Transporte por carretera como objeto de un único contrato

1. El que el transporte deba ser objeto de un único contrato de transporte significa que entre el cargador y los portadores intervinientes en la ejecución del transporte existe un único contrato que une al cargador con cada uno de los portadores sucesivos y que obliga a todos a responder de la correcta realización del envío. No tienen, por tanto, cabida en esta categoría los transportes en los que un portador se compromete a realizar el traslado de las mercancías confiando su ejecución a otros portadores. Este sería un supuesto típico de transporte con subtransporte, que reviste en la actualidad una gran importancia práctica, pero que en modo alguno se ajusta al contenido del art. 34 CMR porque este precepto exige la existencia de un único contrato de transporte entre acreedor y portadores, circunstancia que no está presente en el transporte con subtransporte, en el que el portador contractual, además de celebrar un contrato de transporte con el cargador, acuerda otros tantos con los portadores a quienes encomienda la realización de los envíos¹¹. Por las mismas razones tampoco rige para los transportes con reexpedición en los que el primer portador se obliga frente al cargador a efectuar el transporte de una parte del trayecto, y se compromete simultáneamente a celebrar por cuenta del cargador un contrato de transporte para el recorrido restante ya que el portador sólo responde del trayecto que él ha asumido¹².

¹⁰ Así lo propuso hace ya tiempo la FIATA como se hizo eco GLÖCKNER, “Die Vorschläge der FIATA zur Reform der CMR”, *TranspR* 1984, 114 ss.

¹¹ Sobre estas cuestiones, entre otros EMPARANZA, *El concepto de porteador*, 40-42.

2. El precepto tiene su campo de aplicación en los transportes realizados por carretera, con lo que quedan excluidos de su ámbito de aplicación aquellos transportes combinados en los que algún tramo se realiza por un medio ajeno a aquel. Todos los porteadores que intervienen en esta modalidad de transporte deben ser porteadores terrestres que realizan la ejecución del envío por carretera¹³, siendo indiferente que tenga lugar o no la descarga de la mercancía en un vehículo y la posterior carga en otro porque los porteadores sucesivos pueden utilizar un mismo vehículo (remolque o semiremolque)¹⁴. Si alguno lo llevara a cabo por otros medios no tendría aplicación el convenio CMR. Solamente podría invocarse su vigencia si se tratase de un transporte superpuesto que pudiera inscribirse dentro del supuesto previsto en el art. 2 CMR al reunir los requisitos exigidos en dicho precepto¹⁵.

4.3. Aceptación de las mercancías

1. El CMR exige como segundo requisito doble que los transportistas intervinientes en el transporte acepten la mercancía y la carta de porte. Ambas obligaciones han de cumplirse para que los arts. 34 ss CMR resulten aplicables. No resulta, sin embargo, sencillo definir el alcance de ambas exigencias. La primera cuestión que es necesario aclarar estriba en interpretar la noción de “aceptación de la mercancía”. Según la ratio del art. 34 CMR la aceptación de la mercancía debe entenderse en un sentido técnico conforme al cual se hace necesario que todos los porteadores hayan recibido y aceptado las mercancías para que puedan ser hechos responsables de los daños causados ya que si la pérdida se ha producido en una fase anterior no habría motivo que justifique la responsabilidad solidaria de los intervinientes en la realización del transporte sobre todo si son posteriores al momento en que tuvo lugar el percance¹⁶. Dicha aceptación puede haber sido realizada con reservas, sin que ello desvirtúe su validez¹⁷.

2. Con esta primera exigencia se pone de manifiesto la necesidad de que las mercancías hayan estado sucesivamente bajo la custodia de los distintos porteadores a fin de que pueda hacerse responsables de los daños sufridos por las mercancías. Ahora bien, donde se ha planteado en esta sede la duda más sería en relación con la supuesta aplicación del régimen del art. 34 CMR es en aquellos supuestos en que el porteador contractual,

12 Sobre esta modalidad de transporte nos remitimos a SÁNCHEZ ANDRÉS, “El transporte combinado de mercancías”, cit., 57-58.

13 Insiste en este aspecto KOLLER, *Transportrecht*, Art. 34 CMR Rz. 2.

14 En este sentido SÁNCHEZ-GAMBORINO, *El contrato de transporte internacional CMR*, Madrid 1996, 319.

15 Sobre este precepto, in extenso, EMPARANZA, “El art. 2 CMR: ¿un modelo de regulación de transporte multimodal?”, *Diez Años de Derecho Marítimo Donostiarra, Vitoria-Gasteiz 2003*, 36 ss.

16 En este sentido acertadamente BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 12; KOLLER, *Transportrecht*, Art. 34 CMR Rz. 3.

17 BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 12; HUTHER, en EBENROTH/BOUJONG/JOOST, *Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 6;

aun formando parte de una comunidad de porteadores que han asumido colectivamente la realización de un envío, no ha realizado materialmente ningún trayecto con lo que no ha “aceptado” la mercancía, y, por tanto, no la ha tenido bajo su custodia. Haciendo una interpretación literal del precepto habría que concluir que en tales circunstancias no se aplica al porteador contractual el art. 34 CMR puesto que no ha aceptado la mercancía en los términos de ese precepto. Se fundamenta dicha falta de vigencia en que si el art. 34 CMR pretende incrementar el régimen de responsabilidad del porteador causante del daño y del último porteador (art. 36 CMR), carece de justificación incluir al porteador contractual en esa lista de imputados cuando al no haber tenido la mercancía no ha podido ser él quien causase los daños¹⁸.

3. Sin embargo, a nuestro juicio para que se aplique el art. 34 CMR al porteador contractual no es preciso que haya tenido en su poder temporalmente la custodia de las mercancías¹⁹. Adviértase además que la diferencia entre que se le aplique el régimen del transporte sucesivo o el de la imputación general de los actos de sus dependientes y auxiliares consagrado en el art. 3 CMR no incide en el régimen de responsabilidad del porteador contractual sino en la legitimación pasiva de los subporteadores. El porteador contractual debe responder de las actuaciones del resto de porteadores esté o no sometido al art. 34 CMR, mientras que los porteadores efectivos en principio sólo podrán ser objeto de reclamación por el destinatario si se le somete al art. 34 CMR, puesto que si se trata de un transporte realizado por varios porteadores no catalogable como sucesivo no podrían ser objeto de reclamación por el destinatario²⁰. La imputación al porteador contractual por los daños que sufran las mercancías está fuera de toda duda, se trate de un transporte sucesivo regido por el art. 34 CMR o se trate de un transporte con subtransporte al que se le aplica indiscutiblemente el art. 3 CMR y los arts. 17 ss CMR reguladores de la responsabilidad del porteador. Por eso debe concluirse que el art. 34 CMR resulta aplicable al porteador contractual con independencia de que haya realizado o no algún trayecto del transporte que se han comprometido a realizar los distintos porteadores sucesivos²¹. Como bien hemos tratado de destacar en el derecho del transporte en relación con la noción de porteador²², lo importante para asumir un compromiso contractual no es quien realice materialmente la prestación sino quien se ha comprometido a llevarla a cabo. Por ello, para que se aplique el art. 34 CMR al porteador contractual no resulta relevante el que haya realizado o no una parte del recorrido, sino el que haya asumido el compromiso de llevar a cabo ese concreto tramo, y de esa forma, haya devenido parte del contrato de transporte sucesivo²³.

18 En este sentido KOLLER, *Transportrecht*, Art. 34 CMR Rz. 4.

19 En esta línea, BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 13.

20 Salvo que se admita la existencia de la figura del porteador efectivo y su aplicación al CMR (sobre esta noción, vid. in extenso EMPARANZA, *El concepto de porteador*, 364 ss).

21 Así BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 14.

22 EMPARANZA, *El concepto de porteador*, passim, esp.133 ss.

23 En estos términos, BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 14.

4.4. Aceptación de una carta de porte única y directa

1. Bajo esta modalidad de transporte el cargador debe haber emitido una carta de porte directa que abarque todo el itinerario proyectado y que haya sido entregada a cada uno de los porteadores sucesivos los cuales deberán aceptarla, lo que significa estar de acuerdo con su contenido y, por tanto, vinculados al mismo desde el momento que se han hecho con ella²⁴. La ausencia de carta de porte única, por existir varias distintas, o porque no se ha emitido ninguna, conlleva automáticamente la inaplicación de los arts. 34 ss CMR²⁵. Lo mismo sucede cuando se ha creado pero no ha sido aceptada por algún porteador sucesivo. Por eso se ha llegado a decir que esta exigencia convierte de hecho en formal el contrato que vincula al cargador con los porteadores sucesivos²⁶, o por lo menos, eleva la carta de porte a documento de relevancia constitutiva para determinar la responsabilidad de los porteadores sucesivos respecto del cargador o del destinatario²⁷.

2. No han faltado, sin embargo, ciertas orientaciones proclives a reducir el carácter formal de la aceptación de la carta de porte en el art. 34 CMR. En algunos países se ha llegado a admitir que es suficiente con que el porteador sucesivo acepte las mercancías para que éste se incorpore a la relación comercial con el cargador y se le aplique el régimen del transporte sucesivo, argumentando que dicha aceptación es un indicio determinante de que asume ese compromiso que no puede quedar desvirtuado por la no emisión de una carta de porte directa, sobre todo si se tiene en cuenta que es un documento que el CMR no obliga a redactar (art. 4 CMR)²⁸. Estas desviaciones deben ser completamente rechazadas porque llevan a conclusiones contrarias a las que la regulación del transporte sucesivo pretende. El carácter formal del art. 34 CMR tiene como objeto proteger los intereses de los porteadores sucesivos, puesto que el contenido de la carta de porte sirve para acotar las obligaciones de los porteadores, lo que sólo es posible cuando la carta se ha emitido y ha sido aceptada²⁹. Si se admitiera la aplicación a los porteadores sucesivos de las condiciones suscritas por el cargador y el porteador contractual sin que quedasen reflejadas en la carta de porte, por no existir ésta, cada porteador sucesivo podría verse obligado a soportar una situación más desfavorable sin tener conocimiento ni por supuesto estar de acuerdo con ello. Además

24 KOLLER, *Transportrecht*, Art. 34 CMR Rz. 3; BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 9.
25 BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 9; entre nosotros, SÁNCHEZ-GAMBORINO, *El contrato de transporte*, 321.

26 BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 9.

27 HUTHER, en EBENROTH/BOUJONG/JOOST, *Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 6 in fine.

28 Nos estamos refiriendo principalmente a alguna jurisprudencia francesa e italiana que ha tratado por este medio de atribuir a cualquier porteador efectivo la responsabilidad propia del art. 34 CMR cuando, sin embargo, el transporte en cuestión no reunía los requisitos exigidos para considerarlo transporte sucesivo (se hace eco de esta deriva jurisprudencial, BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 10).

29 También se han aducido en este sentido razones de seguridad jurídica, así como la necesidad de que la carta de porte indique que el transporte en cuestión está sometido al CMR (así SÁNCHEZ-GAMBORINO, *El contrato de transporte*, 321).

carece de sentido que sin cumplir los requisitos del art. 34 CMR se aplique su régimen a porteadores que no han aceptado las condiciones del transporte precedente y que, sin embargo, tengan que responder de las actuaciones de otros porteadores como si realmente lo hubieran hecho.

3. Finalmente hay que señalar que no es necesario que la aceptación de la carta de porte se tenga que hacer juntamente con la entrega de las mercancías³⁰. La carta de porte debe servir para informar a los porteadores sucesivos del contenido del contrato al que se adhieren por lo que no tiene que venir acompañada coetáneamente de la entrega de las mercancías. Lo importante es que el porteador sucesivo tenga en su poder la carta de porte firmada por el cargador y el porteador contractual para que la pueda aceptar, entendiendo que la entrega y ulterior aceptación de la mercancía puede tener lugar en un momento distinto, bien sea porque ya ha recibido la mercancía anteriormente, bien sea después, una vez que tiene en su poder la carta de porte, conoce las condiciones del contrato al que se vincula y está interesado en aceptarlo a la luz de las cláusulas que contiene.

5. Consecuencias jurídicas

1. Del art. 34 CMR no se deduce ninguna modificación en la relación existente entre el cargador y el porteador contractual. Donde se produce la alteración es en la relación entre los porteadores sucesivos y el cargador o el destinatario. En efecto, si los porteadores sucesivos aceptan las mercancías del anterior porteador así como las indicaciones de la carta de porte, no sólo “se obligan”, como señala la deficiente y no auténtica versión española, sino que siguiendo las versiones francesa e inglesa habría que decir que “devienen parte del contrato”³¹, esto es, se convierten conforme al art. 34 CMR en parte contratante del cargador en las condiciones fijadas contractualmente en la carta de porte³². De este modo, siempre que se cumplan las exigencias del art. 13 CMR podrán ser demandados por el destinatario como deudores solidarios de la prestación de transporte cuando se observe alguna anomalía en la correcta ejecución del transporte, pero también podrán ser ellos quienes demanden a dicho destinatario el abono del porte en su condición de acreedores del pago de la prestación de transporte cuando corresponda a aquel su satisfacción³³.

2. Ahora bien, hay que tener presente que la carta de porte despliega una importante función protectora en favor de los porteadores

30 HUTHER, en EBENROTH/BOUJONG/JOOST, *Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 6; KOLLER, *Transportrecht*, Art. 34 CMR Rz.4; SÁNCHEZ-GAMBORINO, *El contrato de transporte*, 319.

31 Lo advierte acertadamente SÁNCHEZ-GAMBORINO, *El contrato de transporte*, 320.

32 HUTHER, en EBENROTH/BOUJONG/JOOST, *Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 7.

33 BASEDOW, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 15; HÜTHER, en EBENROTH/BOUJONG/JOOST, *Handelsgesetzbuch*, Art. 34 CMR RdNr. 7.

sucesivos. Al contrario de lo que señala el art. 9.1^o CMR, el porteador sucesivo no puede oponer nada al contenido de la carta de porte que ha aceptado. Precisamente el hecho de que la haya admitido le impide alegar que ha suscrito con el porteador contractual unas condiciones más beneficiosas de las previstas en la carta de porte. Pero por otra parte, eso hace que si la carta de porte es la que refleja las condiciones a las que están sometidos los porteadores sucesivos, se incluyan en ella algunas de las menciones previstas en el art. 6.2 CMR que pese a no ser obligatorias, se incorporan en la carta para que puedan vincular así los porteadores sucesivos y hacerles responsables de su cumplimiento con lo que se convierte en un instrumento de gran utilidad para los porteadores sucesivos pues delimita con precisión el alcance de sus obligaciones contractuales³⁴.

3. Tanto de la pérdida de la mercancía, como de los daños sufridos en la misma, o del retraso en su entrega responde cualquiera de los porteadores sucesivos aun cuando los factores desencadenantes de semejantes perjuicios hubieran tenido lugar durante el traslado realizado por otro porteador (art. 36 CMR). Este régimen de solidaridad pasiva de los porteadores sucesivos contenido en el CMR se complementa con el derecho nacional aplicable, que en nuestro caso no es tanto el art. 373 C.Com relativo al transporte combinado³⁵, como el propio de las obligaciones solidarias. Finalmente hay que hacer constar que la responsabilidad de los porteadores sucesivos podrá incluso agravarse en el caso de que se demuestre que tales daños fueron causados dolosamente o con culpa equiparable a dolo (art. 29 CMR) por el correspondiente porteador sucesivo con lo que repercutirá negativamente sobre el resto de porteadores³⁶.

34 En este sentido BASEDOW, Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, Art. 34 CMR RdNr. 16; KOLLER, Transportrecht, Art. 34 CMR, Rz. 6.

35 Porque este precepto presenta importantes diferencias con el art. 36 CMR, principalmente por el hecho de que en aquel el régimen establecido está basado en las reservas que consignen los porteadores, lo que le resta eficacia cara a los acreedores del transporte (sobre ello, vid. in extenso GÓMEZ SEGADE, "El transporte combinado de mercancías a la luz del art. 373 del Código de Comercio", Homenaje al Prof. Alfonso Otero, Santiago de Compostela, 1981, 123; nos hacemos eco en EMPARANZA, El concepto de porteador, 51-52).

36 En este sentido BASEDOW, Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, Art. 34 CMR RdNr. 15 in fine.

JURISPRUDENCIA FRANCESA SOBRE LA CONVENCIÓN CMR: UNA INTERPRETACIÓN NACIONAL

por

Marie TILCHE

Redactora-jefe del Bulletin des Transports et de la Logistique

Responsable de publicaciones jurídicas del transporte en Editorial LAMY

Miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de IRU

(París)

1. Introducción

La Convención de Ginebra de 19 Mayo 1959, reguladora del contrato de transporte de mercancías por carretera (CMR) está lejos de haber sido objeto de una interpretación uniforme. En Francia, asistimos a un fenómeno plural: en primer lugar, cuando aplican la CMR, los Jueces muestran una extrema dureza con el transportista, particularmente en lo que respecta a su responsabilidad y a las causas que suprimen los límites máximos de ésta; y por otra parte, se acude muy a menudo a la ley nacional -se dice- en los aspectos en que la CMR calla, aunque en realidad no sea así.

En el presente trabajo vamos a examinar, en primer lugar, los principales casos de aplicación de la CMR (I), y después las circunstancias y soluciones aplicables cuando se dice que la CMR es «inaplicable» (II). Por ello, en la introducción haremos un breve panorama del Derecho del transporte por carretera francés, siendo nuestra conclusión la difícil (por no decir imposible) transposición de la Convención CMR a nuestro Derecho interno.

El régimen jurídico del transporte por carretera francés puede ser sucintamente resumido como sigue.

- Como base, encontramos el Código de Comercio, que dedica al transporte unos pocos artículos: por un lado, una presunción de responsabilidad del transportista por las pérdidas y averías, salvo que pruebe un supuesto de fuerza mayor o de vicio propio de la mercancía (artículo L 133-1); una presunción idéntica se establece para el retraso, salvo fuerza mayor o estipulación contraria en la carta de porte (artículo L 133-2). Debe observarse que si bien el transportista puede contractualmente exonerarse de su responsabilidad por retraso, ello está prohibido cuando se trata de pérdidas y averías. Por otra parte, en caso de faltas y averías, el destinatario tiene que hacer una protesta motivada ante el transportista en los tres días siguientes a la entrega, pues en caso contrario pierde el derecho a reclamar. En fin, la prescripción es de un año para las acciones nacidas del contrato de transporte o del de comisión de transporte, contando a partir de la entrega u oferta de entrega de la mercancía, o del día en que ésta debió haberse producido (artículo L 133-6). Las acciones de recobro quedan sujetas al plazo d'un mes a partir del momento en que el garante es

designado. A ello se añaden las garantías de pago: acción directa (artículo L 132-8, vid infra) y el privilegio (artículo L 133-7).

- La Ley de orientación de los transportes interiores (LOTI) de 30 Diciembre 1982 ha añadido a esa base algunas previsiones. Su art. 8-II enumera las cláusulas que debe contener un contrato de transporte y añade que, en su defecto, se aplicarán los contratos-tipo. Hay un contrato-tipo general y unos contratos-tipo específicos para algunas clases de transporte (mercancías perecederas, cisternas, transportes espaciales, animales vivos, transporte de fondos y valores, transporte de vehículos, subcontratación, arrendamiento de vehículos). Todos están contruidos sobre el mismo esquema: definiciones, lista de informaciones que quien solicita el transporte (remitente o su representante) debe suministrar al transportista, disposiciones relativas al embalaje (que incumbe siempre a quien solicita el transporte), distribución de las operaciones de carga y descarga, y sobre todo, limitaciones a la indemnización.

Este pequeño panorama no sería completo sin unas palabras sobre el comisionista de transporte. Se trata de un intermediario que establece el contrato de transporte en su propio nombre aunque por cuenta de su contraparte, llamada comitente. Solo la Jurisprudencia define al comisionista de transporte como el organizador del desplazamiento con libertad para elección de vías y modos de transporte.

Dadas estas explicaciones, veamos cómo los Jueces franceses han tratado la Convención CMR, en los litigios más frecuentes.

2. Principales litigios CMR

No vamos aquí a referirnos a todos los artículos de la Convención CMR, sino que nos limitaremos a los casos que han presentado problemas o que se presentan de manera más repetitiva.

2.1. Ambito de aplicación de la CMR

El Juez francés sigue fielmente la Convención CMR en lo que concierne a su campo de aplicación. Para que se aplique, basta que el lugar de carga o el de descarga estén situados en un país contratante de la Convención (Cass. Com., 3 Noviembre 1992; Bull civil n° 343 p. 249; C. Montpellier, 1 Abril 1993; BTL 1993 p. 330; Cass. Com., 28 Septiembre 2004; BTL 2004 p. 668). Poco importa, por tanto, la ausencia o irregularidad de la carta de porte: en ello, nuestra Jurisdicción se ajusta estrictamente a los arts. 1 y 4. Por otra parte, siguiendo siempre la Convención, consideran inútil reproducir en el documento la mención del art. 6,1,k): para que la Convención CMR se aplique no es necesario indicarlo.

En cambio, otros problemas pueden derivar de los casos siguientes:

1º) un transporte internacional (París-Madrid) se interrumpe involuntariamente por causa de un accidente sobrevenido en Marsella, que

hace inutilizable la mercancía devuelta al remitente. En esa hipótesis, los Jueces se basan en la común intención de las partes (art. 1134 del Código Civil) que era hacer un trayecto internacional, y en consecuencia, aplican la CMR (Cass. Com., 18 Enero 1994).

2º) el transporte es siempre internacional, pero la parte final es efectuada por un segundo transportista únicamente en el territorio francés. Ejemplo: un transporte Madrid-París, en el que un primer transportista X interviene hasta Perpiñán, y un segundo transportista Y hace el servicio Perpiñán-París. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable al primer trayecto: CMR o Derecho francés? Lo adecuado sería comprobar si los dos transportistas sucesivos operan al amparo de una misma carta de porte sobre la cual quedarían debidamente inscritas la identificación y eventuales reservas del segundo transportista según el art. 34 de la Convención. El Tribunal Supremo francés («Cour de cassation») y demás Jurisdicciones retoman poco a poco ese principio, aún en base a la común intención de las partes (C. Aix-en-Provence, 12 Mayo 1992 Cass. Com., 6 Junio 1995; BTL 1995 p. 474): ¿quiso el segundo transportista adherirse al contrato de transporte internacional? Si ha tomado la carta de porte sin observaciones, así se considerará. En cambio, si hay un documento interno, se entenderá que ha pretendido evadirse del régimen CMR y se someterá el transporte al Derecho francés. Muchas de esas expediciones finales se realizan al amparo de un simple bono de recogida o de entrega: para escapar a la CMR, el transportista que realiza solo el trayecto nacional debe emitir un documento que incluya las menciones del art. L 132-9 del Código de Comercio (precio del transporte, etc), en defecto del cual, no se trata de un verdadero documento interno y el transporte seguiría sujeto a la Convención CMR (C. Versailles 24 Octubre 1996; BTL 1996 p. 491; Cass. Com., 12 Mayo 1987).

De todas formas, esta última precisión viene de un Tribunal de Apelación, y el Tribunal Supremo aún no ha pronunciado al respecto.

2.2. Responsabilidad del transportista

El art. 17 de la CMR hace al transportista responsable de la mercancía desde el momento de la toma en carga hasta el de su entrega (conceptos que se dejan al Derecho nacional: vid infra).

Para nosotros, se trata de una presunción de responsabilidad. Para exonerarse de la cual, el transportista dispone de las causas del art. 17,2 de la CMR y de los riesgos particulares de su art. 17,4. Veamos cómo unas y otros son apreciados en Francia.

1º) Las causas generales (artículo 17,2): sus causas son el vicio propio de la mercancía, la orden o la culpa del derechohabiente y sobre todo, las «circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir».

Vicio propio: en transporte terrestre (contrariamente al marítimo), raramente aparece en pleitos pues supone la prueba de un defecto de la mercancía preexistente al transporte, lo cual es difícil de demostrar (C. Aix-en-

Provence, 21 Junio 1985 y 12 Mayo 1987; BTL 1987 p. 400); una sentencia ha hablado de vicio oculto, concepto inherente al contrato de compraventa.

Culpa u orden del derechohabiente.

Puede tratarse de instrucciones inadecuadas o erróneas: dirección inexacta, ausencia de documentación indispensable para la aduana, modificación del contrato por el remitente cuando no tenía disposición sobre la mercancía, etc. (C. Paris, 2 Diciembre 1981; BT 1982 p. 410; C. Montpellier, 20 Febrero 1992). También a este respecto se podrá encontrar fundamento en las menciones exigidas por el art. 6 de la CMR o bien en las de los contratos-tipo (por ej., defecto de información precisa sobre la dirección del destinatario, etc). Puede también tratarse de hechos físicos - decisión de proseguir el transporte a pesar de conocer el funcionamiento defectuoso del equipo frigorífico- en cuyo caso se aplicaría más bien el régimen de los riesgos particulares (C. Grenoble, 11 Diciembre 1996, BTL 1997 p. 120).

Circunstancias inevitables e irremediables.

Son las que ocurren con más frecuencia, sobre todo en casos de robo de la mercancía y accidentes de circulación, etc.

Los Jueces franceses han comenzado por traducir «circunstancias inevitables» como fuerza mayor, que según nuestro Derecho (art. 1148 del Código Civil) libera al deudor. La ley no da de ello definición alguna, sino que ésta queda a la apreciación de la Jurisprudencia. Hasta hace poco, se entendía como un evento exterior imprevisible e irresistible. La imprevisibilidad, que de ningún modo equivale a «circunstancias que el transportista no pudo evitar», se ha convertido así en el primer criterio, en forma creciente. Así, en un caso de robo, el Tribunal Supremo consideró que no era previsible ¡por el hecho de haber suscrito un seguro que lo cubría ! Esa postura, insostenible, ha conducido a un alineamiento sobre el régimen CMR. A partir de entonces, la irresistibilidad basta cuando se han adoptado todas las medidas para evitar el daño, pero las Jurisdicciones de instancia continúan exigiendo que el evento sea imprevisible (Cass. Com., 1 Octubre 1997; BTL 1997 p. 708).

Ahora bien, en cuestión de robos esta condición raramente se cumple. Con severidad, los Tribunales consideran que un robo a mano armada no es circunstancia inevitable e insuperable desde el momento en que se conocen los riesgos (por ej. en Italia y en los Países del Este) y que no ha sido adoptada ninguna medida de precaución, sobre todo detenerse en lugar seguro (Cass. Com., 18 Marzo 1986; BT 1986 p. 251; Cass. Com., 5 Enero 1988, BT 1989 p. 103, Cass. Com., 20 Marzo 1990; BT 1990 p. 778; Cass. Com., 14 Mayo 1991; BTL 1992 p. 11, Versailles 29 Enero 2004; BTL 2004 p. 194). Solamente en casos de robo con una puesta en escena (falsos policías, falsos heridos, etc) esas circunstancias merecen tal calificación exoneratoria, y no siempre (C. Reims, 27 Junio 2001; C. Reims, 9 Diciembre 2002; BTL 2003 p. 18, contra: C. Rouen 15 Abril 2004; BTL 2004 p. 305)).

Si es juzgado por un Tribunal francés, el transportista extranjero no deberá esperar indulgencia al respecto.

2º) Los riesgos particulares (Artículo 17,4)

Hay que reconocer que los Jueces franceses no manejan bien este sistema. En primer lugar, en vez de contentarse con la prueba de que el daño ha podido resultar de uno de los riesgos enumerados, exigen mayoritariamente la prueba de que el daño resulta en efecto de ese caso, lo cual limita considerablemente el alcance del sistema.

Los casos que más aparecen en juicio son los de las letras b), c) y d) de dicho art. 17,4.

Para aplicar el caso b) –ausencia o deficiencia de embalaje-, los Tribunales exigen que el transportista haya hecho reservas en cuanto al estado aparente del acondicionamiento de la mercancía; en su defecto, la exoneración no se aplica (C. Orléans, 27 Noviembre 1997, BTL 1998 n° 2790).

Con frecuencia, al transportista es imposible poner tales reservas porque el remolque se entregó precintado con plomo o el contenedor sellado. Ahora bien, las reservas «de desconfianza» son mal aceptadas en Francia, que ha rehusado incluirlas en los contratos-tipo.

En cuanto a la aplicación de la letra c) de este art. 17,4 –manipulación, carga o estiba por el usuario-, claramente se soslaya la CMR, imponiendo al transportista obligaciones que la misma no prevé (Cass. Com., 5 Mayo 2004; BTL 2004 n° 3038, vid infra).

En fin, cuando se trata de la naturaleza delicada de la mercancía –letra d)-, los Tribunales hacen una aplicación estricta de la Convención. El transportista debe probar que su equipo era satisfactorio y que hubo respetado las instrucciones recibidas (Cass. Com., 8 Diciembre 1998; BTL 1998 n° 2799).

Por estas razones, los riesgos particulares cada vez son menos invocados: los abogados prefieren situarse en el art. 17,2 y argumentar la culpa o la orden defectuosa del derechohabiente o incluso las circunstancias inevitables (C. Paris, 21 Mayo 2003; BTL 2003 n° 2993).

El examen de los litigios a lo largo del tiempo permite concluir que en Francia estos riesgos particulares, más favorables al transportista, están en vías de desaparición.

2.3. Régimen indemnizatorio

Suscita dos problemas, que los Jueces tienen dificultad en resolver: cuál es el valor de origen de la mercancía y qué ocurre con los «otros gastos»

1º) Valor de origen: el Juez francés intenta seguir el régimen del art. 23 de la CMR pero tropieza con dificultades. Primeramente, en lo

que concierne al valor de la mercancía al momento de la toma en carga, puede excluir el precio mencionado en la factura (destinada a la aduana) para quedarse con el precio efectivo a la salida, descartando por tanto el precio en el lugar de destino. Por otra parte, la noción de precio corriente se entiende como precio de venta y no de fabricación. Todo ello no impide que la incertidumbre planee sobre estas cuestiones (Cass. Com., 18 Enero 2000; BTL 2000 p. 74; C. Paris, 6 Julio 1988; BT 1989 p. 270).

2º) Otros gastos: la CMR aparte de la indemnización principal, con máximo fijado, establece la devolución del precio de transporte, de los derechos de aduana y de los demás gastos vinculados al transporte mal efectuado, exceptuando otros perjuicios. A este respecto, asistimos a una cierta evolución: tras haberse mostrado muy estrictos, exigiendo que esos gastos fuesen estrechamente ligados al desplazamiento, los Tribunales tienden a ampliar su ámbito a aspectos como desplazamiento de peritos, coste de reposición de la mercancía o de su reexpedición por otro modo, etc. rozando por tanto el concepto de «otros perjuicios» (C. Paris, 13 Febrero 1985; Cass. Com., 15 Octubre 2002, BTL 2002 p. 697). Debe observarse que engloba igualmente el IVA, asimilado a los derechos de aduana (C. Poitiers, 23 Agosto 1990; BT 1990 p. 586).

3º) La culpa grave excluyente de límites indemnizatorios

El art. 29 de la Convención CMR priva al transportista del derecho a beneficiarse de las causas que excluyen o limitan su responsabilidad cuando existe dolo del transportista o culpa grave de efectos equivalentes al dolo según la legislación del Tribunal actuante.

Pues bien, en Francia esta culpa equivalente a dolo es la culpa lata. Lo cual no resulta de la ley (art. 1150 del Código Civil) que habla solamente de dolo, sino del principio de Derecho Romano según el cual «culpa lata dolo aequiparatur». Mientras que en otros ámbitos (por ejemplo, el Derecho laboral, en materia de despidos), esta culpa se considera como voluntad de perjudicar, en transporte por carretera toma otra connotación. Una vez más, la Jurisprudencia la ha definido como: «negligencia de extrema gravedad, equivalente a dolo en sus efectos y demostrando la ineptitud del transportista para cumplir la misión que hubo contractualmente aceptado» (Cass. Com., 17 Diciembre 1951; BT 1952 p. 234, definición literal).

En suma, se trata de la incompetencia manifiesta, inadmisibles en un profesional del transporte por carretera. Esta definición, que perdura, es interpretada según las jurisdicciones y los hechos de cada ocasión de manera diversa. En primer lugar, ¿cuáles son los principales casos de culpa grave? Teniendo en cuenta los litigios habidos, su ámbito preferente (según el Derecho nacional y la CMR) es el robo. A continuación vienen las averías ocurridas en las operaciones de carga y descarga, el choque contra puentes, el exceso de velocidad, etc.

No habrá que extrañarse mucho: si el transportista no logra exonerarse de responsabilidad por la vía de las circunstancias inevitables, tendrá pocas posibilidades de escapar a la calificación de culpa grave, que barre los límites de responsabilidad y hace pasar el plazo de prescripción a tres años en régimen CMR (lo cual no sucede en Derecho nacional). Por ejemplo, en materia de robo, la Jurisprudencia es muy severa, sobre todo en lo que concierne a mercancías dejadas durante un fin de semana sea en las instalaciones del transportista (por razón de las prohibiciones de circular), sea en ruta. Los criterios que llevan a considerar que concurre culpa grave son los siguientes: 1º) transporte de mercancías llamadas sensibles (codiciadas, fácilmente vendibles o de alto precio: ropa, alcohol, tabaco, equipos de sonido, teléfonos móviles, informática); 2º) conocimiento de la naturaleza de esas mercancías por las indicaciones contenidas en la carta de porte o del lugar donde van a ser descargadas; 3º) estacionamiento en un área de servicio de autopista (según los casos, sea desierta o ¡sea concurrida !); 4º) ausencia de búsqueda de un lugar seguro para estacionar, importando poco el -en su caso- bajo precio del transporte (si no le interesa al transportista, ¡que no acepte el encargo !) o las limitaciones de la normativa sobre tiempos de trabajo (¡hay que organizarse !). A este respecto, se observará con cierta sorpresa que en Derecho nacional, el hecho de aparcar delante de una comisaría de policía o de una oficina de aduana ¡no es considerado como seguro !; 5º) ausencia de cierre con llave de las puertas del vehículo o llaves dejadas en el parachoques (a título de ejemplo de esta Jurisprudencia muy abundante: C. Lyon, 27 Junio 1980; BT 1980 p. 504; Cass. Com., 25 Octubre 1994; BTL 1994 p. 827, Cass. Com., 22 Enero 2002; C. Paris, 30 Junio 2004).

Debe observarse que la presencia del conductor dormido en la cabina no cambia las cosas, como tampoco la presencia en ella de un perro.

En lo que concierne a los timos en Rusia y las averías en las operaciones de carga y descarga, la Jurisprudencia es también muy severa. Todo lo más, para estas últimas, tendrá en cuenta la Ley francesa de 1 Febrero 1995 que exige que la prestación haya sido contratada.

4º) Los intereses

El art. 27 de la Convención CMR establece a favor del derechohabiente que reclama unos intereses del 5 % sobre el importe de la indemnización. Los Tribunales franceses hace tiempo que se han equivocado: unos, «olvidan» ese 5 % y aplican el «interés legal del dinero» (2'5 % para el año 2005, es decir, la mitad). En cambio, exigen que haya una reclamación, pues en su defecto aplican el porcentaje nacional, bastante menos favorable (C.Paris, 24 Abril 1997; BTL 1997 p. 468).

2.4. La prescripción

1º) El Juez francés sistemáticamente olvida la forma de computar los plazos en la forma que establece el art. 32,1 de la Convención CMR: y así, por ejemplo, para una pérdida total constatada a la entrega el 15

Diciembre 2004 establecen que el plazo de reclamación termina el 15 Diciembre 2005.

2º) Concepto de interrupción de la prescripción

La Convención CMR en su art. 32,3 reenvía a la ley del Tribunal actuante en lo que respecta a la interrupción y a la suspensión de la prescripción. En Derecho francés, la interrupción está definida por el Código Civil (art. 2244). Sus causas son:

1º) la citación, es decir, el emplazamiento ante un Tribunal incluso a los únicos fines de designación de un perito, el aviso de ejecución o el embargo (también para la designación de un experto ante un Tribunal arbitral). Interrumpe el plazo hasta que el litigio encuentra solución, pero - ¡atención !- cuando se trata de la designación de un perito, es el día en que el Presidente del Tribunal lo nombra cuando cesa el litigio y no cuando ese experto entrega su informe (Cass. Com., 10 Octubre 1995).

2º) el reconocimiento de deuda (art. 2248 del Código Civil), por tanto, con frecuencia, el reconocimiento de responsabilidad del transportista: para interrumpir la prescripción y abrir un plazo de igual duración, todavía es necesario que contenga una verdadera confesión... lo que no acontece en caso de excusas, de ofertas de transacción bajo condición, de gestos comerciales, de comunicación de enviar el expediente al asegurador o de la lenitiva afirmación: «la petición de Vd. sigue su curso» (Cass. Com., 29 Octubre 2002; BTL 2002 p. 730, C. Paris, 15 Diciembre 1980; BT 1981 p. 36, sobre todo).

3º) la suspensión de la prescripción (regla «contra non valentem» o aplazamiento)

Puede suceder en dos casos:

1º) imposibilidad de conocer la suerte de las mercancías y por tanto de actuar (art. 2251 del Código Civil)

2º) aplazamientos amistosos: tal es el caso en que una de las partes consiente a la otra una ampliación del plazo.

4º) la reclamación escrita

a) exigencia de su contenido según el Derecho francés: debe, por una parte, constituir una verdadera imputación al transportista de responsabilidad por el daño, y por otra parte, contener el importe (incluso aproximado) del daño cuya indemnización se reclama. No se requiere forma específica (puede ser una carta simple, un fax o cualquier otro procedimiento que permita la constatación). La otra exigencia concierne la necesidad de unir a la reclamación los documentos justificativos. A este respecto, las Jurisdicciones son bastante estrictas (C. Paris, 27 Febrero 1980; BT 1980 p. 384, contra C. Grenoble 3 Octubre 2001; BTL 2001 n° 2962).

b) Condiciones en el emisor y en el destinatario.

La Convención CMR dice que la reclamación debe ser dirigida al transportista, y de ello surgen tres cuestiones:

- Qué sucede cuando es dirigida al comisionista de transporte?
- Qué efecto tiene si es dirigida al asegurador de responsabilidad del transportista?
- La reclamación del remitente aprovecha al destinatario?

Sobre el primer punto, se ha considerado que una reclamación en principio no tiene efecto más que si es dirigida al propio transportista (C. Metz, 10 Noviembre 1981; BT 1982 p. 38, Cass. Com., 4 Marzo 2003; BTL 2003 p. 199). En cambio, cuando su identidad es desconocida (contrato formalizado a través de un comisionista), se admite que la reclamación enviada a este último es eficaz si la reexpide al transportista (C. Paris, 24 Octubre 1989).

Respecto al segundo punto, si el asegurador es subrogado o mandatario del transportista, puede producir efecto, pero no en caso contrario: el asegurador que alarga así la prescripción no se compromete más que él mismo (C. Paris, 31 Marzo 2004; BTL 2004 p. 297).

En fin, sobre la tercera cuestión, en su principio en Derecho francés que los actos interruptivos o suspensivos de la prescripción sólo tienen efecto personal; por tanto, la reclamación del remitente no aprovecha al destinatario.

-Momento en que la suspensión cesa: según la Convención CMR, la suspensión deja de producir efecto el día en que el transportista la rechaza, en su caso devolviendo los documentos que le fueron adjuntos. La cuestión es saber si esa devolución de documentos es una condición para la validez del rechazo de la reclamación, especialmente si el rechazo es parcial. Si la Jurisprudencia está a veces dividida, mayoritariamente exige una devolución íntegra de los documentos (TC Chartres, 1er Abril 2003; BTL 2003 p. 422).

La otra cuestión consiste en saber si el asegurador del transportista puede rechazar la reclamación en lugar de su asegurado. En esto, depende: si se considera que el asegurador es un mandatario la respuesta es positiva; si no, es negativa (C. Lyon, 2 Marzo 1978; BT 1978 p. 382; C. Paris, 31 Marzo 2004; BTL 2004 p. 297).

2.5. Casos en que los litigios son menos frecuentes

La Jurisprudencia francesa ha conocido muy pocos casos referentes a transportes por superposición, menciones de la carta de porte, responsabilidad del remitente por sus declaraciones inexactas, entrega contra reembolso, impedimentos al transporte o a la entrega, y derecho de disposición. Este es raramente invocado, salvo en un caso de timo en Rusia, en que se consideró que el transportista no había verificado el derecho de disposición del falso destinatario y, por tanto, había incurrido en una culpa grave obedeciendo sus instrucciones que modificaban el lugar de entrega.

2.6. Casos en que la Convención CMR no se expresa

Distinguiremos dos casos. Uno en que la Convención CMR es en verdad silente, y otro cuando los Jueces así lo consideran aunque realmente sí trate del asunto.

A) Silencio total de la Convención y aplicación del Derecho nacional

1º) Toma en carga y entrega

La Convención CMR no determina estos conceptos tan útiles, mientras que los contratos-tipo dan de ellos la definición siguiente: la toma en carga es la entrega física de la mercancía al transportista, que la acepta en sentido material y jurídico (verificando su acondicionamiento y su carga, esta aceptación se constata con su firma en la carta de porte). Paralelamente, por entrega de la mercancía se entiende su puesta a disposición del destinatario, que la acepta en sentido material y jurídico (verificándola y en su caso poniendo reservas). Por tanto, según el Derecho francés, el transportista se presume responsable de la pérdida, la avería o el retraso en la entrega desde el momento en que acepta la mercancía al transporte hasta el momento en que la pone en manos de la persona designada como destinatario que la acepta. De ello resulta que respondería de un robo sobrevenido cuando había dejado el remolque en las instalaciones del remitente en espera de ser cargado, y que es responsable hasta el momento de la verificación del envío y la emisión de eventuales reservas.

2º) Operaciones de carga, descarga, pesaje y entoldado

La Convención CMR no dice quién se debe ocupar de esas tareas. En tal caso, en lugar de ver cuál sería la regla de conflicto aplicable al contrato (en el límite, la ley del lugar que rija tales operaciones), el Juez francés vuelve a su Derecho nacional, es decir, a los contratos-tipo que se ocupan de tales servicios. Sin examinar los ocho contratos-tipo existentes para transporte por carretera, nos referiremos a aquel para el que no existe una previsión específica, es decir, el de transporte, es decir, en el contrato-tipo general. Según el cual, para envíos de peso igual o superior a 3 toneladas, esas prestaciones deben ser efectuadas por quien solicita el transporte en cuanto a la carga, y por el destinatario en cuanto a la descarga. Entre tanto, el transportista no puede permanecer pasivo, sino que debe controlar la operación de carga desde el doble punto de vista de la seguridad viaria y de la conservación de las mercancías. Si advierte que la operación puede poner en peligro la seguridad de otros usuarios de la carretera, deberá pedir que se haga de otra manera, y si así no se hiciere debe rehusar la aceptación al transporte. Desde el punto de vista de la conservación de las mercancías, tiene que llevar a cabo una verificación exterior y, en su caso, poner las oportunas reservas. Si las mismas no son aceptadas, puede rechazar el transporte.

Para envíos de menos de 3 toneladas, corresponde al transportista efectuar tales operaciones. Todo empleado de quien solicita el transporte

que contribuya con su ayuda se presume que actúa por cuenta y responsabilidad del transportista. En cuanto al entoldado, incumbe siempre al transportista. Y el pesaje de las mercancías, se hará a petición de cualquiera de las partes.

Para saber quién debe ocuparse de estas operaciones, se deberá volver por tanto a los contratos-tipo.

3º) Los transportes especiales: la Convención CMR no distribuye estas funciones cuando se trata de transportes de animales vivos, o de transportes en cisternas (excepto en el caso de mercancías peligrosas no declaradas), o de transportes bajo temperatura dirigida. En todas tales hipótesis, puede haber un retorno al Derecho francés (el cual, para los transportes en cisternas, reparte las responsabilidades, en particular cuando se trata de instalaciones automáticas).

4º) Inmovilización del vehículo como consecuencia de impedimentos al transporte o a la entrega

Los arts. 14, 15 y 16 de la Convención CMR establecen la conducta a seguir cuando el transporte encuentra impedimentos o la entrega se hace imposible. El art. 16 prevé una remuneración por los gastos incurridos por las instrucciones así como por los eventuales gastos de custodia de la mercancía, si ésta es descargada por cuenta del derechohabiente. En cambio, nada dice sobre la indemnización del transportista cuyo vehículo quede inmovilizado. Ahora bien, sobre esta cuestión los contratos-tipo franceses contienen disposiciones propias. Salvo en caso de culpa del transportista, el impedimento temporal al transporte debe dar lugar a una indemnización de la inmovilización del binomio conductor/vehículo. Lo mismo en caso de impedimento a la entrega. En cuanto a la detención definitiva del transporte por causa de fuerza mayor, permite que el transportista sea pagado por la parte del trayecto que efectivamente ha realizado (arts. 14, 15 y 17 del contrato-tipo general).

5º) Garantías de pago

Además de un privilegio muy poco utilizable, la más conocida de las garantías es la llamada «acción directa». La Ley de 6 Febrero 1998 –conocida como «Ley Gaysot»- modificó el art. 101 del Código de Comercio (que se convirtió en art. L 132-8) en dos sentidos: 1º) de entrada, el destinatario se convierte en parte del contrato de transporte; 2º) el transportista ostenta el derecho de reclamar el pago del precio del transporte tanto al remitente como al destinatario (desde entonces, parte co-contratante desde el establecimiento del contrato), o a ambos a la vez, sin más formalidades. En resumen, en las relaciones simples (remitente, transportista, destinatario), el transportista puede también reclamar el pago al remitente en caso de ir la mercancía «a portes debidos» y al destinatario en caso de ir «a portes pagados». Cuando hay un comisionista, el transportista que no ha cobrado sus portes (por la razón que sea) puede también dirigirse al remitente o/y al destinatario sin más formalidades. El texto de esta Ley es de orden público (por tanto, no negociable). En el régimen CMR esto no existe. El Juez pro-

cede entonces de la manera siguiente: pasando por el art. 4,4 de la Convención de Roma, aplica la Ley francesa si el transportista el transportista tiene su sede social en Francia y si es también el lugar de carga, de descarga o de domicilio del remitente. Un remitente o un destinatario belga o español podrían también ser condenados a pagar (C. Versailles, 23 Mayo 2002; BTL 2002 p. 472; Cass. Com., 26 Noviembre 2002; BTL 2002 p. 810). En cambio, respecto a la prescripción, se vuelve al art. 32,1,c) de la CMR, lo cual deja al transportista tres meses más que en Derecho interno... Queda por saber si esta Ley podría ser considerada como ley de policía en el sentido del art. 7,2 de la Convención de Roma, permitiendo así a todo extranjero beneficiarse de las disposiciones del art. L 132-8 del Código de Comercio: sobre esta cuestión aún no ha recaído sentencia, pero es poco probable que el Tribunal Supremo confirme esta solución.

B) Casos en que la CMR realmente trata del asunto

1º) La noción de transportista contractual

Por el momento, pocas Jurisdicciones hacen referencia a ello. Prefieren ver en él a un comisionista a la francesa, sujeto al Código de Comercio, responsable de los hechos de otros. Ello se comprende mal, siendo el régimen de responsabilidad idéntico salvo en un matiz: el Derecho francés ignora el sistema de riesgos particulares. De todas formas, contrariamente al transportista (contractual o efectivo), el comisionista tiene la facultad de exonerarse anticipadamente de su responsabilidad: ningún texto de orden público le afecta. La explicación de este rechazo al transportista contractual tiene que ver esencialmente con la definición francesa de la comisión, según la cual quien fleta (en este caso un transporte por carretera), subcontrata.

2º) La carga

Las Jurisdicciones exigen que el transportista haya puesto reservas en relación a un defecto en la carga visible mediante un examen exterior. Para así hacerlo, se apoyan en el art. 9 de la Convención CMR, que en realidad sólo trata de la conformidad con la carta de porte en cuanto al embalaje, el estado de la mercancía y los números y marcas de los bultos, y que de ninguna manera exige tal verificación. De hecho los Jueces se fundamentan en los contratos-tipo (particularmente en el art. 7 del contrato-tipo general). Ahora bien, si para un envío de peso superior a 3 toneladas no se han puesto reservas respecto a un defecto visible, los Jueces deniegan al transportista el beneficio del riesgo particular contenido en el art. 17,4,c) de la Convención CMR.

Por tanto, se priva al transportista de una causa de exoneración de responsabilidad, vulnerando el art. 9 de la CMR.

3º) La competencia

A este respecto y durante mucho tiempo el Tribunal Supremo francés se ha atenido a la letra de la Convención CMR (art. 31,1,b). Además del Tribunal correspondiente a la sede social del transportista (art. 31,1,a), la designación no era directa. Se refería a las Jurisdicciones del país sobre el

territorio del cual está situado el lugar de toma en carga o en lugar de entrega. En consecuencia, quedaban indefectiblemente censuradas las decisiones que designaban directamente el lugar de la toma en carga o el previsto para la entrega. La situación de entrada ha parecido incua, sobre todo en el caso de desaparición de la mercancía. He aquí por qué. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil («Code de procédure civile»), aplicable por reenvío, contiene las reglas siguientes: competencia del Tribunal correspondiente al domicilio del demandado (art. 42), o, en materia contractual, al lugar de entrega de la cosa (compraventa) o al lugar de ejecución del servicio (por ejemplo, transporte). Ahora bien, en el caso del transporte se entiende como lugar de la prestación del servicio el de la entrega de la mercancía: su destino. Si la mercancía es robada, el derechohabiente francés sólo puede pleitear en el extranjero. El Tribunal Supremo ha terminado por adoptar la siguiente solución: según el Código Civil, todo francés tiene derecho a atraer a Francia a un extranjero (art. 14, en vías de desaparición). Además, según dicho Alto Tribunal, si nuestra Ley de Enjuiciamiento calla, conviene no modificarla sino referirse a la norma superior, por tanto a la Convención CMR, la cual prevé como Jurisdicción competente la de la toma en carga o la de la entrega. Añádase el deseo de una buena administración de justicia, y se llega a la posición siguiente: si por ejemplo un remitente es víctima de un robo en un transporte de París a Madrid, confiado a un transportista español, éste podrá ser llevado ante el Tribunal de Comercio de París, como lugar de la toma en carga (C. Orléans, 9 Diciembre 199; BTL 2000 p. 12; Cass. 1ère civ., 20 Diciembre 2001; BTL 2001 p. 54; Cass. Com., 11 Diciembre 2001; BTL 2002 p. 618).

Mediante este «juego de manos» se desnaturaliza el espíritu de la Convención, cuyo propósito es proteger al litigante francés...

4º) Incertidumbre sobre la acción de recobro

El Código de Comercio francés (art. L 133-6 apartado 4) establece el plazo de un mes para entablar segunda reclamación contra la otra parte del contrato de transporte (o de comisión) a quien se considera verdadero culpable. Sin embargo, la Convención CMR no trata de esta clase de acciones de recobro: la prescripción es anual (incluso con momentos de inicio -«dies a quo»- diferentes) para todas las clases de acciones. De hecho, ocurre con frecuencia que se formula reclamación judicial contra un comisionista muy poco antes de expirar el plazo anual -quizá un día antes-, y con ello se impide a éste después entablar segunda reclamación contra el transportista. Considerando la CMR como muda sobre este aspecto, un Tribunal aplicó el Derecho francés a una acción de recobro del comisionista contra el transportista internacional, por tanto reconociéndole un plazo suplementario de un mes (C. Grenoble, 22 Abril 2004; BTL 2004 p. 334). Esta solución, que nos parece errónea, es combatida por otras Jurisdicciones de instancia, pero sobre ello aún tenemos que esperar a que eventualmente se pronuncie el Tribunal Supremo.

Conclusión: la CMR, ¿ley nacional?

En Francia, este sueño de los cargadores es considerado como una especie de «serpiente de mar». De ello se habla en forma recurrente, pero nada se hace. En efecto, habría dos soluciones: una adopción por vía contractual pero que tropieza con textos legales de orden público, o una modificación legislativa que no desean los transportistas.

-Salvo dichos textos de orden público (arts. L 133, apdos. 1 y 3 del Código de Comercio), esa adopción sería posible al menos en materia de límites de indemnización. La CMR se convertiría entonces en un clausulado derogatorio del contrato-tipo;

-Sólo esos textos de orden público constituyen obstáculo para esa adopción. Se podría entonces derogar la ley: esta propuesta, más de una vez formulada, tropieza con el rechazo de los transportistas, porque les sería desfavorable en dos aspectos:

a) Lo transportistas no quieren que desaparezca la pérdida del derecho a reclamar contra ellos, que se produce por la no comunicación de protesta motivada, dentro de los tres días siguientes a la entrega defectuosa de la mercancía, que entonces hace presumir su entrega correcta.

b) La CMR sólo tiene un límite de indemnización por las pérdidas y averías: 8'33 Derechos Especiales de Giro del FMI por kilo. Ahora bien, los contratos-tipo presentan un doble tope, de los cuales se toma el más favorable al transportista: por ejemplo, en el contrato-tipo general, y para los envíos de 3 toneladas o más, 14 euros por kilio y 2300 euros por número de toneladas transportadas (cualquiera que sea el tonelaje perdido). Para los envío de peso inferior a 3 toneladas, este límite se sitúa en 23 euros por kilo y 750 euros por bulto, entendido como soporte unitario (contenedor, pallet entregado cerrado o flejado por el remitente)

Basta un ejemplo para comprender las reticencias de los transportistas.

1º) 10 toneladas de mercancía perdida:

-Régimen CMR: $8,33 \text{ DEG} \times 10000 \text{ kg} = 83300 \text{ DEG}$. Si tomamos la cotización del DEG a 19 Marzo 2005 (1 DEG = 1,153431 euros), la cantidad a indemnizar sería de 96080,80 euros.

-Régimen francés: doble cálculo:

a) Por kilo: $14 \text{ euros} \times 10000 = 140000 \text{ euros}$

b) Por tonelada: $10 \text{ toneladas} \times 2300 \text{ euros} = 23000 \text{ euros}$, cantidad más baja, que por tanto es la que se indemniza.

2º) 2 toneladas, que suponen 5 bultos, han sido totalmente dañadas.

-Régimen CMR: $8,33 \text{ DEG} \times 2000 \text{ kg} = 16660 \text{ DEG}$, o sea 19216,16 euros.

-Régimen francés: doble cálculo:

a) Por kilo: $23 \text{ euros} \times 2000 \text{ kg} = 46000 \text{ euros}$

b) Por bulto: $750 \text{ euros} \times 5 \text{ colis} = 3750 \text{ euros}$, cantidad más baja que por tanto es la que se indemniza

Ciertamente,, hay siempre la facultad de hacer una declaración de valor, pero los cargadores franceses casi no piensan en ello.

Cuando en 1998 se planteó la posible revisión de los contratos-tipo, que datan de 1986, nos encargó el Ministro introducir la CMR en el Derecho francés. El «lobby» de los transportistas salió victorioso en base a los argumentos ya expuestos. Sólo la presunción de pérdida llegó a admitirse.

Tras todo lo dicho, el transportista extranjero tiene motivos para temer un proceso que se desarrolle ante los Tribunales franceses. Paralelamente, el transportista francés intenta desesperadamente escapar al concepto de culpa grave que es con frecuencia aplicado; de ahí la fuerte tentación del «forum shopping» o del fraude de ley.

Abreviaturas

C. = Cour d'appel;

Cass. com. = Cour de Cassation, chambre commerciale

Cass. 1re civ = Cour de Cassation, première chambre civile.

TC = Tribunal de Commerce

BT = Bulletin des Transports

BTL = Bulletin des Transports et de la Logistique (el mismo, con la palabra "logística" añadida desde 1991).

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

4. MEDIADORES DE TRANSPORTE Y LOGÍSTICA

A) DE VIAJEROS

LAS AGENCIAS DE VIAJES Y SUS FUNCIONES EN MATERIA DE TRANSPORTE

Por

Juan GÓMEZ CALERO

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Sevilla

1. Las agencias de viajes: regulación, concepto y clases

Reguladas por primera vez mediante Decreto de 19 Febrero 1942, el actual régimen jurídico de las agencias de viajes está constituido por las siguientes disposiciones:

- Real Decreto 271/1988 de 25 Enero (que disciplina el ejercicio de las actividades propias de las mismas),
- Orden Ministerial de 14 Abril 1988 (que aprueba las normas reguladoras de dichas agencias),
- Artículos 122 y 123 de la Ley 16/1987 de 30 Julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, "LOTT"); y
- Artículos 165 y 166 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990 de 28 Septiembre (en adelante, "ROTT")¹.

El concepto de agencia de viajes aparece en el artículo 1 del R.D. 271/1988, pero es más completa la definición que de las mismas se formula en el artículo 1 de las "normas reguladoras" aprobadas por O.M. de 14 Abril 1988, conforme al cual "tienen la consideración de agencias de viajes las empresas constituídas en forma de sociedad mercantil, anónima o limitada que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/o organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos".

Tres notas cabe destacar en esta definición, a saber: a) que las agencias de viajes han de tener la vestidura formal de sociedades anónimas o

¹ La normativa de las Comunidades Autónomas sobre las agencias de viajes es la siguiente: Andalucía, órdenes de 11 Abril 1990 y 2 Marzo 1998; Aragón, Decreto 51/1998 de 24 Febrero; Asturias, Decreto 31/1988 de 18 Febrero; Baleares, Decreto 60/1997 de 7 Mayo; Canarias, Decreto 176/1997 de 24 Julio; Cantabria, Decreto 50/1990 de 3 Septiembre; Castilla-La Mancha, Decreto 2/1988 de 12 Enero; Castilla-León, Decreto 25/2001 de 25 Enero; Cataluña, Decreto 168/1994 de 30 Mayo; Extremadura, Decreto 119/1998 de 6 Octubre; Galicia, Decreto 42/2001 de 1 Febrero; La Rioja, Decreto 35/1997 de 27 Junio; Madrid, Decretos 99/1996 de 27 Junio y 214/2000 de 21 Septiembre; Murcia, Decreto 115/1987 de 24 Diciembre; Navarra, Decreto 141/1988 de 4 Mayo; y Valencia, Decreto 20/1997 de 11 Febrero.

de responsabilidad limitada; b) que ejercen sus actividades con carácter exclusivo; y c) que sus funciones pueden ser de mediación, de organización o de ambas cosas a la vez.

Este último dato nos lleva a la clasificación de las agencias de viajes. La LOTT, en su artículo 122.3, nos dice que "las agencias de viajes podrán revestir las distintas categorías o clases que, en relación con su ámbito o modalidad de actuación, se hallen reglamentariamente establecidas o se establezcan". Y son el artículo 3 del R.D. 271/1988 y el artículo 3 de las "normas reguladoras" antes mencionadas los preceptos que determinan la correspondiente clasificación. De ellos resultan tres clases o grupos de agencias de viajes: mayoristas, minoristas y mayoristas-minoristas. Son agencias "mayoristas" aquellas que proyectan, elaboran y organizan toda clase de servicios y paquetes turísticos para su ofrecimiento a las agencias minoristas, no pudiendo ofrecer sus productos directamente al usuario o consumidor. Son agencias "minoristas" aquellas que, o bien comercializan el producto de las agencias mayoristas proporcionándolo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan y/o suministran o venden toda clase de servicios y "paquetes" turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus servicios a otra agencia. Y son agencias "mayoristas-minoristas" aquellas que pueden simultanear las actividades de los dos grupos anteriores.

En relación con esta clasificación hay que hacer referencia a la Ley 21/1995 de 6 Julio, reguladora de los "viajes combinados" en la que se dispone: a) que es "organizador" la persona que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta directamente o por medio de un detallista (art. 2.2); b) que es "detallista" la persona que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador (art. 2.3); y c) que tanto el organizador como el detallista deberán tener la consideración de agencias de viajes (Disposición Adicional 2ª).

2. Funciones de las agencias de viajes en materia de transporte

2.1. Idea previa

Si nos ocupamos específicamente de las funciones de estas agencias en el ámbito del transporte es porque las mismas pueden desempeñar otras funciones que no constituyen propiamente actividades de transporte. En el R.D. 271/1988 (art. 2.1, incisos a y b) se mencionan entre los objetos o fines de las agencias de viajes "la reserva de habitaciones y servicios en las empresas turísticas" y "cualesquiera otros servicios que se reconozcan como propios de su actividad de acuerdo con la legislación vigente". Y son las "normas reguladoras" aprobadas por O.M. de 14 Abril 1988 las que explícitamente incluyen funciones ajenas al transporte. Así, el artículo 2.1, inciso a) repite que es objeto o fin de las agencias de viajes "la reserva de habitaciones y servicios en las empresas turísticas y particularmente en los establecimientos hoteleros

y demás alojamientos turísticos". En el mismo artículo 2.1, incisos a), b), d), f) y g) se relacionan como servicios que las agencias de viajes pueden prestar a sus clientes los siguientes: información turística y difusión de material de propaganda; cambio de divisas y venta y cambio de cheques de viajeros; formalización de pólizas de seguro turístico, de pérdidas o deterioro de equipajes y otras que cubran riesgos derivados de los viajes; reserva, adquisición y venta de billetes o entradas para todo tipo de espectáculos, museos o monumentos; alquiler de útiles y equipos destinados a la práctica del turismo deportivo; y cualesquiera otros servicios turísticos que complementen los anteriormente enumerados.

Mención especial merecen los "viajes combinados", objeto de regulación -como hemos dicho- en la Ley 21/1995. El viaje combinado (art. 2.1) ha de incluir al menos dos de los siguientes elementos: a) transporte, b) alojamiento y c) otros servicios turísticos, no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado.

Resulta, por tanto que, con independencia del transporte, las agencias de viajes cumplen en los viajes combinados funciones que no constituyen transporte ni son servicios accesorios del transporte.

Dicho esto, pasamos a ocuparnos de las funciones que, en materia de transporte, desempeñan las agencias de viajes.

2.2. Mediación en la venta de billetes o reserva de plazas en toda clase de medios de transporte

Esta actividad aparece citada entre los objetos o fines de las agencias de viajes en el artículo 2.1, inciso a) de las "normas reguladoras" anteriormente aludidas, que reproducen el artículo 2.1, inciso a), del R.D. 271/1988. Por su parte el art. 122.1, inciso c), de la LOTT menciona también la venta de billetes y reserva de plazas, puntualizando que la agencia realizará esta función "por cuenta del transportista". Y el artículo 165.1 del ROTT dispone que esta actividad de mediación en los transportes de viajeros (salvo los supuestos de colaboración entre transportistas legal o reglamentariamente previstos) estará reservada a las agencias de viajes. El apartado 3 de este mismo artículo nos dice que, en lo concerniente a los transportes regulares de viajeros, la actividad de las agencias de viajes se circunscribirá (salvo que la Administración autorice otro régimen) a las funciones de información, reserva de plazas y venta de billetes. El mismo precepto aclara que la agencia de viajes actuará como comisionista por cuenta ajena, contratando en nombre del transportista; esta norma lleva a la aplicación de los artículos 244 a 280 del Código de Comercio, reguladores de la comisión mercantil, siendo la razón de que el consumidor o usuario adquirente del billete no tenga que pagar recargo alguno (arts. 277 y 278 C.Com.).

Se ha dicho que, para desarrollar esta actividad, "las agencias y las compañías de transporte suelen cerrar acuerdos-marco en los que quedan

fijadas las condiciones jurídicas y económicas de su relación de colaboración"; pues "no es frecuente que las agencias negocien individualmente dichas condiciones sino que por razones obvias prefieren hacerlo a través de sus asociaciones profesionales"². Nos parece evidente que estos acuerdos se inscriben en el esquema legal del contrato de comisión mercantil.

Por lo demás, tanto el artículo 2.2 del R.D. 271/1988 como el de igual número de las "normas reguladoras" de 14 Abril 1988 atribuyen el ejercicio de estas actividades a las agencias de viajes con carácter exclusivo, sin perjuicio de la facultad conferida por la legislación vigente a los transportistas para contratar directamente con los clientes la prestación de sus propios servicios. "La comercialización obligatoria de los billetes de transporte a través de agencias de viajes no impide, sin embargo, que las mismas compañías transportistas puedan ofrecer y contratar directamente, es decir sin la intervención de las agencias, sus servicios a sus clientes".

2.3. Organización y venta de "paquetes turísticos"

A tenor del artículo 2.1 inciso b) de las "normas reguladoras" constituidas por la O.M. de 14 Abril 1988, "se entenderá a este efecto por paquete turístico el conjunto de servicios turísticos (manutención, transporte, alojamiento, etc.) ofertado o proyectado a solicitud del cliente, ambos a un precio global establecido. La organización y venta de estos paquetes viene expresamente prevista, entre los objetos o fines de las agencias de viajes, en el artículo 2.1, inciso b), invocado más arriba.

Bien se advierte que el "paquete turístico" no constituye exclusivamente un transporte sino que incluye otras prestaciones necesarias para conformar el paquete; pero el transporte es elemento que no falta en los paquetes turísticos más frecuentes y usuales, entre los que se encuentran los "transportes turísticos". A los "transportes turísticos" se refiere la LOTT en sus artículos 110 a 112 diciendo que "son transportes turísticos a los efectos de esta Ley los que, ya tengan o no carácter periódico, se pactan a través de las agencias de viajes conjuntamente con otros servicios complementarios, tales como los de alojamiento, manutención, guía turística, etc., para satisfacer de una manera general las necesidades de las personas que realizan desplazamientos relacionados con actividades recreativas, culturales, de ocio u otros motivos coyunturales". Estos transportes únicamente podrán contratarse a través de agencias de viajes debidamente autorizadas.

2 Cruces Pastor: "Sistemas de retribución a las agencias de viajes como intermediadoras en la venta de billetes de transporte aéreo y a la libre competencia (breve comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 Abril 2002); en "Aspectos jurídico-mercantiles del turismo", coor. Auriolés Martín; Barcelona, 2003, pág. 120.

3 Cruces Pastor, loc. cit.

Conforme al artículo 128.1 de la LOTT los transportes turísticos habrán de pactarse en todo caso en el marco de una combinación previa, vendida u ofrecida en venta por una agencia de viajes con arreglo a un precio global, en la que, aparte del servicio de transporte de ida al punto de destino y vuelta al punto de origen en un mismo modo o en modos diferentes, se incluyan al menos dos de las siguientes prestaciones complementarias: a) alojamiento durante al menos una noche; b) manutención alimenticia, sin que se consideren incluidos en este concepto los servicios de restauración a bordo del vehículo, en estaciones de transporte de viajeros o durante la realización de paradas intermedias entre origen y destino de duración inferior a tres horas; y c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa de la combinación, tales como asistencia a cursos, conferencias o eventos deportivos, excursiones o visitas a centros de interés turístico, asistencia a espectáculos, servicio de alquiler de vehículos o guía turística.

Bien se advierte la estrecha relación que existe entre los "transportes turísticos" y los "viajes combinados". Los viajes combinados, objeto de la Ley 21/1995 según llevamos dicho, comportan por lo menos dos de los siguientes elementos, vendidos u ofrecidos en venta con arreglo a un precio global, siempre que dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia (art. 2.1); a) transporte; b) alojamiento; y c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento que constituyan una parte significativa del viaje combinado.

Una importante modalidad del "transporte turístico" es el llamado "cruceiro turístico", que tiene lugar cuando el servicio de transporte se presta por medio de un buque. De él se ha dicho que "presenta la particularidad, respecto del contrato de pasaje ordinario, de que implica la existencia de una relación compleja, consistente en la prestación de servicios más próximos a la hostelería que al puro transporte". De hecho cabe afirmar que la finalidad principal del que podemos denominar "contrato de cruceiro turístico" no es el mero desplazamiento del pasajero de un punto a otro, sino la "prestación de determinadas actividades relacionadas con el tiempo libre y el empleo del ocio, como la restauración, discotecas o deportes en el marco físico de un buque"⁴. Sin embargo, dada la indefectible presencia de un buque que navega transportando pasajeros (para que se pueda hablar de "cruceiro turístico"), nos parece que éste, como cualquier otro transporte turístico, puede ser considerado como actividad o función de transporte.

Señalemos finalmente que la organización y contratación de los "transportes turísticos" vienen expresamente atribuidas a las agencias de

4 Pulido Begines: "La responsabilidad del armador del buque de cruceiro turístico por cumplimiento defectuoso del viaje pactado", en "Aspectos jurídico-mercantiles...", cit. pág. 267.

viajes por el artículo 122.1 inciso a), de la LOTT, pudiendo ser la contratación, según este precepto global o individualizada.

2.4. Mediación o contratación individual respecto del transporte discrecional de viajeros

De acuerdo con el artículo 122.1, inciso b), de la LOTT las agencias de viajes podrán realizar funciones de mediación en la prestación de servicios de transporte discrecional de viajeros, la cual deberá realizarse contratando con transportistas y usuarios la capacidad total del vehículo, salvo en aquellos transportes en los que, en razón de su específica naturaleza, se les autorice para realizar la contratación individual o por asiento. En el ROTT -art. 165.1- se puntualiza que esta actividad de mediación en los transportes de viajeros estará reservada a las agencias de viajes, salvo los supuestos de colaboración entre transportistas legal o reglamentariamente previstos.

En cuanto a la contratación individual o por asiento, viene prevista en el ROTT (art. 131), según el cual las agencias de viajes podrán realizar transportes discrecionales de viajeros con contratación individual o cobro por asiento, siempre que revistan carácter ocasional y esporádico y vayan dirigidos a un grupo homogéneo de usuarios, teniendo el transporte un objetivo o finalidad común a todos ellos. Esta actividad -art. 165.2 del ROTT- deberá llevarse a cabo por las agencias de viajes contratando en nombre propio el correspondiente transporte tanto con los transportistas (cuando no utilice medios propios) como con los usuarios. La contratación con los transportistas adoptará la forma jurídica de alquiler de vehículos con o sin conductor. Respecto de los usuarios, se tratará de un contrato de transporte discrecional de viajeros, regulado en los arts. 99 a 112 de la LOTT, complementados por el artículo 128.4 del ROTT, conforme al cual "los transportes turísticos podrán ser objeto de contratación individual y cobro por asiento, facilitándose a cada viajero un billete en el que se especificará que se trata de un servicio turístico, el trayecto que comprende, las prestaciones complementarias incluidas y el precio global". Se estará en definitiva ante un contrato mercantil de transporte terrestre (arts. 349-379 C.Com.) que, por afectar a personas, ha de considerarse incluido en el artículo 352.

Obvio es decir que el presente apartado no atañe a los transportes regulares de viajeros. En relación con ellos, la actividad de las agencias de viajes se circunscribirá, salvo que la Administración autorice otro régimen, como ya sabemos, a la información, reserva de plazas y venta de billetes, actuando como comisionista en nombre y por cuenta del transportista (art. 165.3 ROTT).

La normativa concerniente a esta materia se completa con las Ordenes Ministeriales de 4 Febrero 1993 (que desarrolla el ROTT en lo relativo a autorizaciones de transportes discrecionales de viajeros por carretera) y 23 Julio 1997 (que desarrolla el ROTT en cuanto a autoriza-

ciones de transporte discrecional y privado complementario de viajeros en autobuses).

Señalemos también que, si se trata de transportes internacionales, habrá que estar a lo previsto en eventuales Convenios o Tratados de este orden sobre el transporte de viajeros por carretera. Con independencia de ello, la regulación de estos transportes está contenida en los arts. 65.3 y 106 a 109 de la LOTT y en los artículos 144 y 145 del ROTT. De estas normas se desprende que son transportes internacionales aquellos cuyo itinerario discurre parcialmente por el territorio de Estados extranjeros. Cuando son de viajeros se clasifican en regulares, discrecionales y de lanzadera.

2.5. Expedición y transferencia de equipajes

Esta función de las agencias de viajes viene prevista (para ser realizada por cualquier medio de transporte) entre los fines que atribuye a estas agencias el art. 2.3, inciso c) de las "normas reguladoras" aprobadas por O.M. de 14 Abril 1988.

Obviamente esta actividad se traduce en la concertación de contratos de transporte de mercancías; los cuales, según el modo o medios de transporte que se utilice, podrán ser terrestres, marítimos, aéreos o multimodales. Si se trata de un transporte terrestre -por carretera o por ferrocarril-, su regulación se halla en los arts. 349 a 379 del Código de Comercio que se ocupan "del contrato mercantil de transporte terrestre"⁵, teniendo la agencia de viajes la condición de cargador o remitente. Si estamos ante un transporte marítimo habrá que considerarlo comprendido en el Código de Comercio, como un contrato de fletamento (arts. 652 a 718) en el que la agencia de viajes, expedidora de los equipajes, tendría la condición de fletador. Si el transporte es aéreo, la normativa básicamente aplicable será la contenida en la Ley 48/1960 de 21 Julio, de navegación aérea. Finalmente, el transporte multimodal (relevante cuando es internacional) tendrá lugar cuando los equipajes se envíen a través de varios modos o medios de transporte sucesivos y combinados. Su disciplina se encuentra en el (aún no vigente) Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de mercancías de 24 Mayo 1980, en las "Uniform Rules for a combined transport document" y en las "Reglas" de la UNCTAD y la CCI relativas a los documentos de transporte multimodal⁶.

Hay que mencionar el caso de que los equipajes sean remitidos por correo. En tal supuesto, la agencia de viajes, al hacer entrega del equipaje en la oficina de Correos, celebra con este organismo un acuerdo "sui generis"; y es Correos el que, en virtud de este acuerdo, se encarga de la ejecución del transporte, sea con medios propios sea a través de convenios

5 A "transportes por agua y tierra" dedica el Código Civil los artículos 1601 a 1603.

con los transportistas (ferrocarril, autobuses, líneas aéreas o empresas de navegación).

Hipótesis distinta de la que venimos reseñando en el presente epígrafe es la que se realiza cuando los equipajes viajan con los pasajeros. En este caso no hay contrato de transporte de cosas, sino contrato de transporte de personas, a lo que no obsta el hecho de que los viajeros sean portadores de sus respectivos equipajes. A este propósito debemos citar las "Reglas Uniformes relativas al contrato de viajeros y equipajes por ferrocarril" (CIV) que se refieren separadamente al "transporte de viajeros" y al "transporte de equipajes" y expresan cuáles son los "objetos admitidos" como equipajes.

2.6. Alquiler de vehículos con o sin conductor

Esta actividad viene mencionada, como uno de los objetos o fines de las agencias de viajes, en el artículo 2.3, inciso e), de las "normas reguladoras" aprobadas por Orden Ministerial de 14 Abril 1988. Ha de considerarse incluida en la referencia a "cualesquiera otros servicios" que se reconozcan como propios de estas agencias de acuerdo con la legislación vigente: artículo 2.1, inciso d), del R.D. 271/1988 de 25 Marzo.

Tal como se la cita en el referido artículo 2.3, esta función comprendería las dos vertientes del arrendamiento, según que la agencia de viajes ocupara la posición jurídica de arrendadora o de arrendataria. Pero el desarrollo de esta norma en la LOTT y en el ROTT, así como en otras disposiciones complementarias, nos hacen ver que el alquiler de que se trata es aquel en que la agencia de viajes desempeña el papel de parte arrendadora; lo que hace presuponer que sea propietaria de los vehículos que cede en arrendamiento.

La LOTT regula el "arrendamiento de vehículos" en sus artículos 133 a 137, en los que hace referencia a las personas físicas o jurídicas que "podrán realizar la actividad de arrendadores de vehículos automóviles

6 Si se tratase de transportes internacionales habría que tener en cuenta varios Convenios de este orden. Así, al transporte por carretera le podría ser de aplicación la Convención de Ginebra de 19 Mayo 1956 (CMR), así como el Convenio TIR hecho en Ginebra el 14 Noviembre 1975. Si el transporte internacional es ferroviario podría estar concernido por el Convenio de Bema de 9 Mayo 1980 (COTIF) y por las "Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Ferrocarril (CIM)". Al transporte fluvial le podría ser aplicable la "Budapest Convention on the contract for the carriage of Goods in Inland navigation" (CMNI) de 3 Octubre 2000. Para el transporte marítimo internacional habría que tener en cuenta, entre otros Convenios menos relevantes y aparte de la Ley de 22 Diciembre 1949, el Convenio de las Naciones Unidas de 1978 (Reglas de Hamburgo), las Reglas de York y Amberes (revisión de 1994) y el Convenio de Londres de 9 Abril 1965. Si se tratara de transporte aéreo internacional, habría que tomar en consideración varios Convenios de este orden, como los de Varsovia (12 Octubre 1929) y Montreal (28 Mayo 1999), el Protocolo de Chicago de 24 Septiembre 1978 y el Convenio de París de 30 Abril 1956.

B) DE MERCANCÍAS

EL CONTRATO DE EXPEDICIÓN, ¿ES UN CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS EN EL SENTIDO DEL ART. 4,4 DEL CONVENIO DE ROMA SOBRE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, DE 19 JUNIO 1980?

Por

Franz FISCHER

*Consultor jurídico especializado en Transportes
(Stuttgart, Alemania)*

1. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, a quien están dedicados los artículos del presente libro, proporcionó en la Revista General de Derecho (1988), pp. 5317 – 5319, bajo el título “Convención sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 19 de junio de 1980)” y ya años antes de la entrada en vigor en España del Convenio de Roma¹ el 1 de septiembre de 1993², una breve introducción, desde el punto de vista del Derecho del transporte, a las entonces nuevas normas europeas de conflicto de leyes en materia de contratos. De esa forma llamó la atención sobre cuestiones del Derecho internacional privado que en la práctica –a pesar de la internacionalidad del negocio del transporte– con frecuencia se descuidan de manera lamentable. Esos déficits en lo que se refiere a las normas de conflicto de leyes³ también se deben en parte, sin duda, a que en el campo de los transportes existen numerosos convenios uniformizadores (p. ej. Convenio CMR⁴, Convenio CIM⁵, Convenio de Varsovia⁶, Convenio de Montreal⁷, Reglas de La Haya⁸), que, según quiere una frase harto repetida, hacen superfluo el Derecho internacional privado. Es cierto que cuando las disposiciones de los convenios aplicables en materia de transportes resultan suficientes no se necesita más reflexiones en el ámbi-

1 Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma) de 19.6.1980, DOCE 1980, nº L 266/1 y ss., versión consolidada en DOCE 1998, nº C 27/34 y ss. Las disposiciones del Convenio de Roma se transpusieron al Derecho alemán ya en 1986 mediante la Ley introductoria al Código Civil (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, abreviadamente EGBGB) de 18.8.1896 en su redacción de 25.7.1986, publicada en el Boletín Legislativo Federal (abreviadamente BGBl.) I pp. 1142 y ss., con posteriores modificaciones. El art. 27 EGBGB equivale al art. 3 del Convenio de Roma. El art. 28 EGBGB equivale en buena parte al art. 4 del Convenio de Roma. En aras de la claridad, en el texto citaré por regla general tanto el Convenio de Roma como el correspondiente artículo de la EGBGB.

2 Cfr. solamente Francisco José Sánchez-Gamborino, RGD 1994, 491, 493.

3 Basedow, Der Transportvertrag (Tübingen 1987), p. 79, habla de un “asombroso olvido de las cuestiones concernientes al Derecho internacional privado en la jurisprudencia alemana”. Lo mismo se puede decir probablemente de la jurisprudencia de otros países.

4 Convenio sobre transporte internacional de mercancías por carretera de 19 de mayo de 1956.

5 Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (CIM), apéndice B del COTIF, de 9 de mayo de 1980.

6 Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, modificado por el Protocolo hecho en La Haya el 28 de septiembre de 1955.

to de las normas de conflicto acerca de la ley aplicable. Los convenios internacionales en materia de transportes tienen prioridad en lo que se refiere a su campo de aplicación respecto del Convenio de Roma⁹ (cfr. art. 21 del Convenio de Roma) y el Derecho material nacional¹⁰. De hecho, ninguno de los convenios de transporte contiene una disposición omniabarcante para los contratos que caen en su campo de aplicación¹¹. Las lagunas que pueda haber en los convenios de transporte se deben rellenar, en los casos en que no queda desarrollar soluciones a partir de ellos mismos por vía de interpretación, con el Derecho material nacional. La cuestión de qué Derecho material nacional concreto procede aplicar debe ser decidida con ayuda de las normas de conflicto de leyes por el juzgado o tribunal invocado¹². Por ello, a pesar de la amplia difusión de los convenios internacionales en materia de transportes¹³, las normas de conflicto siguen desempeñando un importante cometido. La relevancia de las normas de conflicto del Convenio de Roma para rellenar las lagunas de los convenios de transporte ha sido destacada por Francisco Miguel Sánchez Gaborino en el mencionado trabajo¹⁴.

2. El Convenio de Roma mismo no contiene normas de conflicto específicas para contratos de transporte de mercancías. A falta de la elección mencionada en el art. 3 del mismo, se presume en su artículo 4 apartado 4 frase 2 que los contratos de transporte de mercancías presentan los vínculos más estrechos con el país en el que el transportista

7 Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional de 28 de mayo de 1999 (Convenio de Montreal).

8 Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque de 25 de agosto de 1924 (Reglas de La Haya).

9 En el mismo sentido, tomando como ejemplo el CMR, F.M. Sánchez Gaborino, RGD 1988, 5317.

10 En general acerca de la prioridad del CMR respecto del Derecho nacional, ver Corte Federal de Justicia (abreviadamente BGH) 10.5.1990, TranspR 1990, 418; BGH 10.10.1991, resolución de la Corte Federal de Justicia en materia civil (abreviadamente BGHZ) 115, 299, 306; BGH 14.7.1993, VersR 1993, 1296, 1298; BGH 27.11.2003, TranspR 2004, 79, 80; Corte Suprema austríaca (abreviadamente OGH) (A) 17.11.1986, TranspR 1987, 427, 429 y s.; OGH (A) 16.1.1996, RdW 1996, 361; OGH (A) 16.3.2004 (4 Ob 235/03t), <http://ris.bka.gv.at> en "Judikatur Justiz"; Tribunal Federal suizo (abreviadamente BG) 30.5.2001, resolución del Tribunal Federal suizo (abreviadamente BGE) 127 III 365, 370; Cass. (I) 3.10.1997 n° 9667, Dir.mar. 1999, 1150, 1152 y s.; Cass. (F) 25.5.1993, Rev.crit.d.i.p. 1993, 461, 462; TS 20.12.1985, ETR 1986, 428, 431; Cass. (B) 17.9.1987, ETR 1988, 201, 208; STJ 2.4.1992, BMJ 416 (1992) 641, 642; Fischer, TranspR 1995, 244, 425, con más referencias; Helm, in: Staub, Handelsgesetzbuch. Großkommentar, vol. 7, tomo 2: anexo VI tras § 452: CMR (4ª ed., Berlin 2002), art. 1 CMR, n° marginal 75; Basedow, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, vol. 7: Viertes Buch. Handelsgeschäfte §§ 407 - 457 Transportrecht (München 1997), art. 17 CMR, n° marginal 6; Schmid, in: Thume (ed.), Kommentar zur CMR (Heidelberg 1995), art. 41 CMR, n° marginal 1, 3; Mankowski, in: Reithmann/Martiny (eds.), Internationales Vertragsrecht (6ª ed., Köln 2004), n° marginal 1395, 1426; Loewe, ETR 1976, 503, 594 n° 293; F.J. Sánchez-Gaborino, El contrato de transporte internacional. CMR (Madrid 1996), n° 81 y s., 1135, 1550, con referencias a la jurisprudencia española; F.J. Sánchez-Gaborino, ETR 2001, 843, 848; Llorente Gómez de Segura, in: Calvo Caravaca/ Fernández de la Gándara (eds.), Contratos internacionales (Madrid 1997), pp. 467, 484; Lamy (ed.), Transport, Tome 1: Route (Paris 2002), n° 21 und 499; Putzeys, Le contrat de transport routier de marchandises (Brüssel 1981), n° 248.

11 Acertadamente tomando como ejemplo el CMR Llorente Gómez de Segura (nota 10), pp. 467, 470 ("No obstante, la regulación prevista por dichos instrumentos jurídico-internacionales ni es exhaustiva ni es omnicompreensiva, lo que significa que, en ocasiones, para determinar el derecho aplicable a un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera habrá que acudir a las correspondientes normas de derecho internacional privado"). Ver también Koller, Transportrecht. Kommentar (5ª ed., München 2004), Observación preliminar al art. 1 CMR, n° marginal 5 ("El CMR no constituye una codificación exhaustiva del tráfico transfronterizo de mercancías por carretera").

tenga su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato, siempre y cuando también se encuentre en ese país el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor*. Las empresas de transporte suelen ser actualmente empresas mixtas. Suscriben contratos tanto de expedición como de transporte. La mayor parte de los contratos transfronterizos son contratos de expedición a coste fijo. En la práctica diaria se plantea por ello repetidamente –junto a la problemática paralela, que aquí no estudiaremos, de si a los contratos de expedición les son aplicables los convenios (imperativos) internacionales¹⁵– la pregunta de si el contrato de expedición es un “contrato de transporte de mercancías” en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB. En la práctica esta pregunta adquiere relevancia en una pluralidad de casos, especialmente en relación con el problema, mencionado también por Francisco Miguel Sánchez Gamborino¹⁶, del rellenado de lagunas existentes en los convenios internacionales de transporte. Nos estamos refiriendo con ello a una de las cuestiones clásicas del Derecho internacional privado: el problema de la calificación. El art. 18 del Convenio de Roma¹⁷ exige en este punto una europeización del debate relativo a las normas de conflicto de leyes¹⁸. Con el presente trabajo quisiéramos efectuar una contribución a ese debate.

3. Para determinar el Derecho material aplicable a un contrato internacional es preciso empezar estableciendo cuál es la norma de conflicto de leyes decisiva en ese caso concreto. A su vez, la respuesta a la pregunta acerca de qué norma de conflicto procede aplicar dependerá en todos los casos de la calificación¹⁹. Si el contrato de expedición se debe calificar como contrato de transporte de mercancías, será pertinente el art. 4 apar-

12 Cfr. acerca de las lagunas del CMR por ejemplo Fischer, *TranspR* 1995, 424, 425 y s.; Fischer, *TranspR* 1999, 261, 262; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1410, 1426; Magnus, in: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungs-gesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR* (13ª revisión, Berlin 2002), art. 28 EGBGB, nº marginal 378; Koller, (nota 11), Observación preliminar al art. 1 CMR, nº marginal 3, 5; Basedow, (nota 10), *CMR Einleitung*, nº marginal 17, 41 y ss.; Helm, (nota 10), art. 1 CMR, nº marginal 78, 82 y ss.; Eickelberg, *Lückenfüllung im Einheitstransportrecht in Deutschland, England und den USA* (Heidelberg 2004), pp. 141 y ss.; Llorente Gómez de Segura, (nota 10), pp. 467, 470 y 483; Ayala Cadiñanos, in: Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional* (Madrid 1996), nº 538. Ejemplos tomados de la jurisprudencia más reciente acerca del CMR: BGH 24.5.2000, *TranspR* 2000, 455; Tribunal Territorial Superior (abreviadamente OLG) Karlsruhe 19.12.2002, *RiW* 2003, 544, 545; OLG Düsseldorf 12.11.2003, *VersR* 2004, 1479, 1480; OLG Karlsruhe 27.1.2004, *TranspR* 2004, 468, 470; Cass. (F) 24.3.2004, *Rev.dr.unif.* 2004, 672, 674 (con breves comentarios de Anfray); Arr.Rb. Breda 28.9.1999, S&S 2002 nº 100; Arr.Rb. Rotterdam 28.10.1999, S&S 2001 nº 68; Arr.Rb. Rotterdam 11.11.1999, *NIPR* 2000 nº 117; Arr.Rb. Rotterdam 20.4.2000, *NIPR* 2000 nº 292; Arr.Rb. Rotterdam 26.10.2000, S&S 2001 nº 71; Arr.Rb. Dordrecht 6.2.2002, S&S 2002 nº 90; OGH (A) 16.3.2004 (4 Ob 235/03t), <http://ris.bka.gv.at> en “Judikatur Justiz”; BG 30.5.2001, *BGE* 127 III 365, 369 y s.; Bezirksgericht Werdenberg 22.9.1998, *TranspR* 2001, 132, 133.

13 Sólo para ser completos mencionaremos que las normas de conflicto de leyes también resultan aplicables cuando el correspondiente contrato de transporte no se puede subsumir en ninguno de los convenios de transporte internacionales ni en ninguna de las excepciones a los mismos (cfr. por ejemplo art. 1 apartado 4 letras a - c CMR).

14 RGD 1988, 5317.

* “Absender” en el original. Aquí, y siempre que aparece, traducimos ese término alemán por “expedidor”, reservando “transitario” para “Spediteur”. Son precisamente esos términos, “Absender” y “expedidor” los que emplean, respectivamente, los textos alemán y español del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma (cfr. DOCE 1980 nº L 266/1-19 y BOE, nº 171, de 19 de julio de 1993) (Nota del Traductor).

tado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB. En caso contrario, se aplicará la presunción general del art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 2 EGBGB. Al amparo del art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 2 EGBGB el empresario, en su calidad de efectuator de la prestación característica, puede estar relativamente seguro²⁰ de que se aplicará “su” ley. En caso de aplicabilidad del más específico art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB sólo regirá la ley del establecimiento principal del transportista con la condición adicional de que también estén situados en ese mismo país el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor²¹. Si no se cumplen esas condiciones adicionales acumulativas, lo correcto²² es no hacer la presunción mencionada en el art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 2 EGBGB²³. En ese caso las partes del contrato de transporte de mercancías quedan expuestas a los imponderables de la conexión con arreglo al principio general de la vinculación más estrecha establecido en el art. 4 apartado 1 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 1 EGBGB²⁴. El establecimiento del transportista (determinante a efectos del contrato) tendrá un peso especial en la ponderación que será necesario efectuar²⁵. Ahora bien, no es el único factor decisivo o que “ante la duda”²⁶ resulte determinante²⁷. Es decir, el transportista no puede contar con que en ese caso siempre se vaya a aplicar su ley.

15 El problema aquí estudiado tiene gran paralelismo, como le resultará claro a todo estudioso del Derecho del transporte, con la cuestión de si los convenios uniformadores del Derecho aplicable a los transportes (por ejemplo el CMR) son aplicables también al contrato de expedición. Desde el punto de vista metodológico no es correcto dar preferencia a criterios nacionales (en Alemania a los §§ 412, 413 del Código de comercio alemán (HGB) en su redacción antigua, §§ 459 – 460 HGB) respecto del Derecho uniforme internacional, según hace en numerosas ocasiones la jurisprudencia alemana en el caso del CMR. Con referencias a esa jurisprudencia metodológicamente errónea Helm, (nota 10), art. 1 CMR, nº marginal 23 nota 50; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1385 nota 2. A favor de una interpretación autónoma del concepto de contrato de transporte en el sentido del art. 1 CMR y su extensión a los casos de la autoentrada, de la expedición a coste fijo y de la expedición colectiva se han pronunciado acertadamente, por ejemplo, OLG München 23.7.1996, TranspR 1997, 33, 34 [lo confirman expresamente OLG München 31.3.1998, TranspR 1998, 353, 355]; OLG Hamm 26.10.1998, TranspR 2000, 359; OLG Hamm 14.6.1999, TranspR 2000, 29, 30; OLG Karlsruhe 27.6.2002, TranspR 2002, 344, 345; BGH 20.11.2003, TranspR 2004, 77, 78; OLG Karlsruhe 27.1.2004, TranspR 2004, 468, 469 y s.; Koller, (nota 11), art. 1 CMR, nº marginal 3; Helm, (nota 10), art. 1 CMR, nº marginal 19, 23 y especialmente 28; Piper, TranspR 1990, 357, 358; Base-dow, (nota 10), art. 1 CMR, nº marginal 8; Martiny, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 10: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (art. 1-38), Internationales Privatrecht (3ª ed., München 1998), art. 28 EGBGB, nº marginal 163; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1385. Por otra parte, los conceptos “contrato sobre el ... transporte de mercancías” (“contract for the carriage of goods”, “contrat de transport de marchandises”) en el sentido del art. 1 apartado 1 CMR y “contrato de transporte de mercancías” [“Güterbeförderungsvertrag”] del art. 28 apartado 4 EGBGB / art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma deberían ser interpretados de igual manera. Así también Magnus, art. 28 EGBGB, nº marginal 481; idéntico principio sigue también OLG München 23.7.1996, TranspR 1997, 33, 34. Esa definición conceptual autónoma uniforme y común a diversos convenios facilita también la utilización práctica, toda vez que, a falta de elección de ley, para rellenar lagunas se puede determinar el Derecho material aplicable de foma complementaria al CMR de modo uniforme mediante el art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB, referente al contrato de transporte de mercancías.

16 RGD 1988, 5317, 5318.

17 En Alemania transpuesto en el art. 36 EGBGB.

18 Ver al respecto más abajo los números 5 y ss.

19 Ver solamente Ferid, Internationales Privatrecht (3ª ed., Frankfurt am Main 1986), nº marginal 4-8; Junker, Internationales Privatrecht (München 1998), nº marginal 152.

20 La cláusula de escape del art. 4 apartado 5 frase 2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 5 EGBGB es aplicable sólo en casos excepcionales.

4. La cuestión de la calificación del contrato de transporte de mercancías es decisiva no sólo para el rumbo a seguir en caso de conexión objetiva (art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB, o bien art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 2 EGBGB). También decide acerca de si resulta aplicable el Derecho internacional relativo a los contratos celebrados por los consumidores del art. 5 del Convenio de Roma / art. 29 EGBGB. Y es que en el caso de los contratos de transporte el art. 5 apartado 4 letra a del Convenio de Roma / art.

21 Rara vez existirán vínculos más estrechos con otro país (cfr. art. 4 apartado 5 frase 2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 5 EGBGB) en los contratos de transporte de mercancías que cumplan los criterios de conexión del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado EGBGB. Convincientemente a este respecto Mankowski, *TranspR* 2003, 213, 224; Mankowski, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht* (Tübingen 1995), p. 66; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1378.

22 Discrepantemente OLG Frankfurt am Main 23.12.1992, *TranspR* 1993, 103, 105; Hof 's-Hertogenbosch 16.8.1983, NJ 1984 nº 714; C. Genova 2.6.1997, *Dir.mar.* 1999, 1171, 1175; Kegel/ Schurig, *Internationales Privatrecht* (9ª ed., München 2004), p. 663; Czernich, in: Czernich/ Heiss (eds.), *EVÜ - Das europäische Schuldvertragsübereinkommen*, *Kommentar* (Wien 1999), art. 4 EVÜ, nº marginal 197; probablemente también OLG Bremen 11.5.1995, *VersR* 1996, 868; Hof van beroep Gent 9.10.1996, T.B.H. 1998, 765, 767.

23 OLG München 3.5.1989, *TranspR* 1991, 61, 62; Arr.Rb. Rotterdam 26.10.2000, S&S 2001 nº 71; Heldrich, in: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar* (64ª ed., München 2005), art. 28 EGBGB, nº marginal 6; Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 59; von Hoffmann, in: Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebenge-setzen. Kommentar*, vol. 10, *Einführungsgesetz* (12ª ed., Stuttgart 1996), art. 28 EGBGB, nº marginal 79, 407; Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 31, 32, 111, 367; Spickhoff, in: Bamberger/ Roth (eds.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 3: §§ 1297 - 2385, EGBGB, CISG (München 2003), art. 28 EGBGB, nº marginal 20; Kropholler, *Internationales Privatrecht* (5ª ed., Tübingen 2004), p. 464 con nota 69; v. Bar, *Internationales Privatrecht*, vol. 2: *Besonderer Teil* (München 1991), nº marginal 524; Basedow, (nota 10), *CMR Einl.*, nº marginal 45; Basedow, *TVR Oktober* 2000, 103, 106; Kronke, *IPRax* 1994, 141; Mankowski, *TranspR* 1993, 214, 224; Mankowski, (nota 21), p. 22; Koller, (nota 11), § 407 HGB, nº marginal 127; Fischer, *TranspR* 1996, 407, 417; Siehr, *Internationales Privatrecht* (Heidelberg 2001), pp. 136 y 206; Lederer, *Kabotagetransporte im Straßengüterverkehr in Spanien* (Frankfurt am Main 1996), p. 50; Vonken, in: Hondius (ed.), *Verbintenisrecht, III. Internationaal privaatrecht, 1. EVO* (Deventer, Losebl., última revisión: agosto de 1998), art. 4 EVÜ, observación 6.3.3.; Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti* (Bari 1997), p. 115; Boggio, *Dir.mar.* 2002, 978, 980; Carrillo Pozo, *El contrato internacional: la prestación característica* (Bologna 1994), p. 183; Espinosa Calabuig, *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable* (Granada 1999), p. 350; Plender, *The European Contracts Convention* (2ª ed., London 2001), nº marginal 6-28; Kaye, *The New Private International Law of Contract of the European Community* (Aldershot 1993), p. 201; Morse, in: Dicey/ Morris, *The Conflict of Laws* (13ª ed., London 2000), vol. 2, nº marginal 33-262 y 33-268; Clarke, *Int.Encycl. Comp.L.* III/26-14 con nota 36.

24 OLG München 3.5.1989, *TranspR* 1991, 61, 62; OLG Düsseldorf 21.4.1994, *TranspR* 1995, 350, 351; OLG München 10.7.1996, OLG-Rp. München 1996, 235; OLG München 5.11.1997, NJW-RR 1998, 549, 550; OLG Frankfurt/M. 21.4.1998, *TranspR* 1999, 24, 26; Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 59, 74, 166, 178, 188, 205; Heldrich, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 6; Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 27, 31, 32, 34, 111, 367, 395, 421, 442, 461; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 79, 125, 381, 407, 427, 445, 466; Hohloch, in: Erman, *Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II (11ª ed., Münster 2004), art. 28 EGBGB, nº marginal 25; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1429 y ss., 1460, 1488, 1563, 1650, 1673; Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 20; Ferid, (nota 19), nº marginal 6-18, 6-38; v. Bar, (nota 23), nº marginal 524; Siehr, (nota 23), pp. 136 y 206; Junker, (nota 19), nº marginal 359; Fischer, *TranspR* 1999, 261, 263; acerca del Convenio de Roma Arr.Rb. Haarlem 22.5.1990, NIPR 1990 nº 508; Arr.Rb. Rotterdam 4.11.1994, S&S 1995 nº 52; Arr.Rb. Rotterdam 1.5.1997, NIPR 1997 nº 229; Arr.Rb. Rotterdam 26.8.1999, S&S 2000 nº 12; Arr.Rb. Rotterdam 30.9.1999, NIPR 2000 nº 28; Arr.Rb. Rotterdam 28.10.1999, S&S 2001 nº 68; Arr.Rb. Rotterdam 26.10.2000, S&S 2001 nº 71; Arr.Rb. Arnheim 16.5.2002, NIPR 2003 nº 100; Arr.Rb. Amsterdam 5.2.2003, S&S 2003 nº 86; Lagarde, *Rev.crit.d.i.p.* 1992, 497, 501; Delebecque, *Rev.trim.dr.comm.* 2001, 301, 305; Boggio, *Dir.mar.* 2002, 978, 980; Morse, (nota 23), nº marginal 33-262 und 33-268; Kaye, (nota 23), p. 200; Clarke, *Int.Encycl.Comp.L.* III/26-14; Chesire/ North, *Private International Law* (13ª ed., London 1999), p. 572; de Miguel Asensio, *La Ley Com.eur.*, nº 95 de 4.4.1995, 1, 6 nº 17, 18; Carrillo Pozo, (nota 23), p. 183; Pålsson, *Romkonventionen. Tillämplig lag för avtalsförpliktelse* (Stockholm 1998), pp. 64 y 66; Fallon/ Françoq, *J.T.* 1998, 683, 686 nº 14; Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* (7ª ed., Deventer 2002), nº marginal 173; Lederer, (nota 23), pp. 50 y s.; Espinosa Calabuig, (nota 23), pp. 313 y 350 y s.; Espinosa Calabuig, *Dir.mar.* 2000, 64, 77; Vischer/ Huber/ Oser, *Internationales Vertragsrecht* (2ª ed., Bern 2000), nº marginal 463.

29 apartado 4 frase 1 nº 1 EGBGB no concede protección al consumidor desde las normas de conflicto. La regla a seguir es la siguiente: el contrato calificable como contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB, será también un contrato de transporte a los efectos de la cláusula de exclusión del art. 5 apartado 5* letra a) del Convenio de Roma / art. 29 apartado 4 frase 1 nº 1 EGBGB²⁸.

5. En el Derecho internacional privado²⁹ alemán “calificar” (“qualifizieren”) significa interpretar los conceptos sistemáticos de una norma de conflicto alemana y determinar su alcance objetivo³⁰. En relación con la cuestión que aquí nos ocupa, “calificar” es ante todo establecer cómo se debe entender el concepto sistemático de “contrato de transporte de mercancías” utilizado en el art. 28 apartado 4 EGBGB / art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma³¹. A continuación se debe comprobar si la situación concreta cae bajo ese concepto sistemático³². En el Convenio de Roma mismo no se aborda expresamente la cuestión de la calificación. Pero eso no significa que cada juzgado o tribunal de un Estado signatario del Convenio de Roma pueda emplear sin más los métodos de calificación determinantes para sus propias normas de conflicto generales³³. La opinión predominante en Alemania siempre califica en el campo de las normas de conflicto generales con arreglo a la *lex fori*³⁴. Así pues, los conceptos siste-

25 Cfr. por ejemplo Arr.Rb. Amsterdam 5.2.2003, S&S 2003 nº 86; Hof Leeuwarden 2.12.1981, S&S 1982 nº 123; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1378, 1431. Mankowski, *TranspR* 1993, 216, 225 y s.; Mankowski, (nota 21), pp. 68 y ss.; Koller, (nota 11), § 407 HGB, nº marginal 127; Basedow, (nota 10), *CMR Einl.*, nº marginal 46; Basedow, *ZHR* 156 (1992) 413, 432 y s.; Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 111, 367, 395, 421, 461; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 407; Vonken, (nota 23), art. 4 EVÜ, observación 2.3.; Carrillo Pozo, (nota 23), p. 99; de Boer, *RabelsZ* 54 (1990) 24, 52; van Rooij/ den Dulk, *Internationaal contractenrecht* (Deventer 1990), p. 65.

26 Así sin embargo Mankowski, *TranspR* 1993, 213, 226 y 227; Mankowski, (nota 21), p. 87; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1429, 1488, 1563, 1673; parecidamente Koller, (nota 11), § 407 HGB, nº marginal 127.

27 Acertadamente Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 111 y 367; Prüßmann/ Rabe, *Seehandelsrecht* (4ª ed., München 2000), observación preliminar al § 556 HGB, nº marginal 108; Basedow, *ZHR* 156 (1992) 413, 432 y s.; Basedow, (nota 10), *CMR Einl.*, nº marginal 46 nota 118.

* Sic en el original, pero el contexto indica que se trata probablemente de una errata y que lo correcto es “apartado 4”. (Nota del Traductor).

28 Así también Mankowski, (nota 10), nº marginal 1379.

29 Ver acerca de la calificación en el Derecho internacional privado español, entre otros trabajos, Calvo Caravaca/ Carrascosa González, *Introducción al Derecho Internacional Privado* (Granada 1997), pp. 345 y ss., con más referencias.

30 También con expresión particularmente acertada v. Bar/ Mankowski, *Internationales Privatrecht*, vol. 1: *Allgemeine Lehren* (München 2003), § 7, nº marginal 138.

31 Sonnenberger, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10: *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (art. 1-38), *Internationales Privatrecht* (3ª ed., München 1998), *Einl. IPR*, nº marginal 451, habla de la identificación de los conceptos sistemáticos contenidos en la norma de conflicto.

32 Cfr. p. ej. Sonnenberger, (nota 31), *Einl. IPR*, nº marginal 451. También son instructivos a este respecto v. Bar/ Mankowski, (nota 30), § 7, nº marginal 138 y ss., con más referencias; Looschelders, *Internationales Privatrecht – art. 3-4 EGBGB* (Berlin 2004), observación preliminar al art. 3-6 EGBGB, nº marginal 13 y s.

33 De forma poco clara Reinhart, in: *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (12ª revisión, Berlin 1998), art. 36 EGBGB, nº marginal 56, quien sin embargo en último término exige acertadamente una calificación comparatista del Convenio de Roma.

34 Referencias por ejemplo en Heldrich, (nota 23), introducción al art. 3 EGBGB, nº marginal 27; Kegel/ Schurig, (nota 22), pp. 337 y ss.; Kropholler, (nota 23), pp. 120 y ss. Lorenz, in: *Bamberger/ Roth* (eds.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 3: §§ 1297 - 2385, EGBGB, *CISG* (München 2003), *Einl. IPR EGBGB*, nº marginal 57.

máticos del supuesto al que se refiere la norma de conflicto se interpretan igual que los correspondientes conceptos sistemáticos del Derecho material. Ahora bien, en esa calificación efectuada puramente con arreglo a la *lex fori* no se tiene en cuenta que las normas de conflicto de leyes del Convenio de Roma –al igual que las disposiciones equivalentes de la EGBGB alemana– tienen su origen en acuerdos internacionales. El objetivo de esos acuerdos internacionales es la uniformización del Derecho. Pero esta última sólo es posible si los Estados interpretan de forma coincidente los conceptos sistemáticos de las normas de conflicto de dichos acuerdos, sin prestar atención alguna a las categorías conceptuales y sistemáticas del respectivo Derecho nacional. Por ello es obligada una interpretación del Derecho internacional privado europeo uniforme, autónoma, que haga abstracción precisamente de las peculiaridades nacionales³⁵. El significado de los conceptos sistemáticos empleados en las normas de conflicto de los acuerdos internacionales se debe determinar, en interés de su aplicación uniforme en todos los países signatarios, con base en la historia genética y en la finalidad de la disposición en cuestión, y efectuando al mismo tiempo un análisis comparativo de la jurisprudencia y la doctrina de los países signatarios del Convenio de Roma (calificación autónoma sobre base comparatista)³⁶. La necesidad de una formación autónoma de los conceptos se aborda también en el informe acerca del Convenio de Roma de Giuliano/ Lagarde³⁷ cuando se dice en el mismo que el problema de la calificación se debe resolver en el sentido del art. 18 del Convenio

35 Mankowski, IPRax 2003, 127, 130.

36 Cfr. Heldrich, (nota 23), introducción al art. 3 EGBGB, nº marginal 28 y 7; Sonnenberger, (nota 31), Einl. IPR, nº marginal 489 y s.; Magnus, (nota 12), observación preliminar a los arts. 27 - 37 EGBGB, nº marginal 41 y ss., art. 28 EGBGB, nº marginal 21, 117, 478, art. 29 EGBGB, nº marginal 13, art. 30 EGBGB, nº marginal 20, art. 36 EGBGB, nº marginal 6; Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 20, art. 36 EGBGB, nº marginal 6; Lorenz, (nota 34), Einl. IPR EGBGB, nº marginal 62; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 25; Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 20, 28, y más frecuentemente; v. Bar/ Mankowski, (nota 30), § 7, nº marginal 171; Mankowski, BB 1997, 465, 466; von Hoffmann, Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrecht (7ª ed., München 2002) § 6, nº marginal 16; Junker, (nota 19), nº marginal 160; Rauscher, Internationales Privatrecht (2ª ed., Heidelberg 2002), p. 103; Siehr, (nota 23), p. 432 (calificación "lege conventionis"); Kropholler, in: Basedow/ Drobnig/ Ellger/ Hopt/ Kötz/ Kulms/ Mestmäcker (eds.), Aufbruch nach Europa - 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (Tübingen 2001), pp. 583, 589 y s.; Abel, Die Qualifikation der Schenkung: zur Methode der Qualifikation im internationalen Schuldvertragsrecht (Frankfurt am Main 1997), pp. 38 y ss., 63; específicamente acerca del Convenio de Roma por ejemplo Jayme, Rec. 251 (1995) 9, 116; Gaudemet-Tallon, Rev.trim.dr.europ. 1981, 215, 220 y s.; Santa-Croce, JCl Int Fasc. 552-50 nº 3 y ss.; Collins, in: Dicey/ Morris, The Conflict of Laws (13ª ed., London 2000), Volume 2, nº marginal 32-022; Cheshire/ North, (nota 24), p. 540; Kaye, (nota 23), pp. 355 y s.; Villani, (nota 23), p. 26; Rudisch, in: Czernich/ Heiss (eds.), EVÜ - Das europäische Schuldvertragsübergangskommen, Kommentar (Wien 1999), art. 18 EVÜ, nº marginal 2 y ss.; Calvo Caravaca/ Carrascosa González, in: Calvo Caravaca/ Fernández de la Gándara (eds.), Contratos internacionales (Madrid 1997), pp. 41, 54; Watté/ Nuyts, Rev.dr.ULB 10 (1994) 21, 30 y ss. Ver también BGH 26.10.1993, BGHZ 123, 380, 384 y s. (para el concepto de suministro de servicios del art. 29 apartado 1 EGBGB/ art. 5 apartado 1 del Convenio de Roma); H.R. 16.5.1997, NJ 1998 nº 585 (concepto de cesión del art. 12 del Convenio de Roma). En parte defiende otra postura Hohloch, (nota 24), art. 28 EGBGB, nº marginal 16, quien aboga por una calificación con arreglo a la *lex fori* que sin embargo pretende entender en sentido amplio conceptos contenidos en los apartados 2 - 4 del art. 28 EGBGB [= art. 4 apartados 2 - 4 del Convenio de Roma]; Sandrock, RIW 1986, 841, 851. De forma poco clara también Martiny, in: Reithmann/ Martiny (eds.), Internationales Vertragsrecht (6ª ed., Köln 2004), nº marginal 126, quien defiende claramente una calificación con base en la *lex fori* que sin embargo pretende entender en sentido amplio los conceptos jurídicos contenidos en las normas de conflicto alemanas y considera válido "también aquí" el mandato de interpretación uniforme del art. 36 EGBGB; ver sin embargo también nº marginal 23 (es deseable la calificación autónoma de los conceptos del Convenio de Roma sobre base comparatista).

37 Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE 1980, nº L 282/1, 38

de Roma. Esta referencia al art. 18 del Convenio de Roma (= art. 36 EGBGB) muestra que los padres del Convenio tomaron una decisión consciente a favor de una calificación autónomo-comparatista³⁸. Por ello, la calificación con arreglo a la *lex fori* es inaceptable para el campo del Derecho internacional de contratos³⁹.

6. El método de calificación autónomo-comparatista es empleado también por el TJCE para interpretar el Derecho comunitario (p. ej. en el Convenio de Bruselas⁴⁰, ahora Reglamento (CE) 44/2001⁴¹)⁴². Cabe esperar que también en lo que respecta al Convenio de Roma emplee ese mismo método de calificación⁴³.

7. Qué contratos deben ser calificados como contratos de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB es, por lo tanto, una cuestión que se ha de decidir con arreglo a criterios uniformes a escala comunitaria, no de conformidad con las respectivas disposiciones nacionales⁴⁴. El concepto de contrato de transporte de mercancías se debe determinar como concepto jurídico uniforme no con arreglo a la *lex fori*, ni tampoco de conformidad con la *lex causae*, sino autónomamente con base en el propio Convenio⁴⁵. Así pues –en contra de lo que propugnan ciertas voces aisladas⁴⁶– no procede decidir con base en el Derecho material determinado de conformidad con el Derecho internacional privado, o con base en criterios nacionales de la *lex fori*, si se está o no ante un contrato que cae bajo el concepto de “contrato de transporte de mercancías” en el sentido del art. 28 apartado 4 EGBGB / art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma⁴⁷. Semejante prioridad del Derecho nacional⁴⁸ estaría en

38 Acertadamente Magnus, (nota 12), observación preliminar a los arts. 27 – 37 EGBGB, nº marginal 41. Ver también Reinhart, (nota 33), art. 36 EGBGB, nº marginal 58; Mankowski, BB 1997, 465, 466; v. Bar/ Mankowski, (nota 30), § 7 nº marginal 171; Abel, (nota 36), pp. 38, 63.

39 Magnus, (nota 12), art. 36 EGBGB, nº marginal 6. Ver también Dutoit, in: von Hoffmann (ed.), *European Private Law* (Nijmegen 1998), pp. 39, 42 y 65; Watté/ Nuyts, *Rev.dr.ULB* 10 (1994) 21, 31. En general para normas de conflicto de convenios internacionales también von Hoffmann, (nota 36), § 6, nº marginal 16; Lorenz, (nota 34), *Einl. IPR EGBGB*, nº marginal 62.

40 Convenio de la Comunidad Europea, de 27 de septiembre de 1968, sobre las competencias judiciales y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

41 Reglamento del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE 2001 nº L 12/1 y ss).

42 Acerca de la interpretación autónoma del Reglamento (CE) 44/2001, y antes del Convenio de Bruselas, en el terreno del Derecho comunitario por el TJCE, de forma representativa de muchos otros autores, Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht* (7ª ed., Heidelberg 2002), introducción, nº marginal 41 y ss. y en otros lugares. Con actitud crítica hacia la “calificación *lege commune*” recientemente Audit, *J.D.I.* 2004, 789 y ss., especialmente 811 y ss.

43 También así Magnus, (nota 12), observación preliminar a los arts. 27 – 37 EGBGB, nº marginal 42. Las dos actas concernientes a la interpretación del Convenio de Roma por el TJCE, DOCE 1989, nº L 48/1 y ss., 17 y ss., versión consolidada en DOCE 1998, nº C 27/47 y ss., 52 y ss., han entrado en vigor por fin, tras largos años de demora, el 1.8.2004. Cfr. Jayme/ Kohler, *IPRax* 2004, 481, 491; Dutta/ Volders, *EuZW* 2004, 556 y ss.

44 Ver también Magnus, (nota 12), art. 36 EGBGB, nº marginal 6.

45 Así también Fischer, *TransPR* 1999, 261, 263; Plender, (nota 23), nº marginal 6-29; Couwenberg, in: van Houtte/ Pertegás Sender (eds.), *Europese IPR-verdragen* (Leuven 1997), nº marginal 7.69 nota 197; Dutoit, (nota 39), pp. 39, 49. De forma parecida también Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 117, 478, quien hace referencia a este respecto al concepto de “transportista”; igualmente Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 20, refiriéndose al art. 36 EGBGB y en general para los conceptos empleados en el art. 28 EGBGB nº marginal 28.

contradicción con la finalidad de los principios de conexión normativizados en el Convenio de Roma, que no es otra que crear un Derecho uniforme relativo a la ley aplicable. No es aceptable que cada país signatario asigne un significado distinto a los conceptos de las normas de conflicto uniformes en virtud de una calificación efectuada con arreglo a la respectiva *lex fori*⁴⁹. El “contrato de transporte de mercancías” es una categoría sistemática independiente contenida en el Convenio de Roma⁵⁰. En su calidad de concepto sistemático autónomo utilizado en un convenio internacional europeo, el concepto de “contrato de transporte de mercancías” se debe calificar sobre una base comparatista a escala europea⁵¹. Se debe tratar de alcanzar un significado uniforme aceptable a escala europea por los Estados signatarios del Convenio de Roma⁵². Se necesita “a uniform meaning in all Contracting States”⁵³.

8. El concepto de contrato de transporte de mercancías (“Güterbeförderungsvertrag”, “contract for the carriage of goods”, “contrat de transport de marchandises”) no se define con más detalle en el

46 Arr.Rb. Roermond 27.11.1986, S&S 1988 n° 97. (Sostiene que la cuestión de si se está ante un contrato de transporte o ante un “contrato de expedición” se debe decidir con base en el Derecho de los Países Bajos y que el estatuto del contrato se debe determinar empleando la doctrina de la prestación característica, buscando una confirmación global para ello en los arts. 3 y 4 del Convenio de Roma). Con actitud crítica al respecto Plender, (nota 23), n° marginal 6-29 con nota 99; Couwenberg, (nota 45), n° marginal 7.69 nota 197; Dutoit, (nota 39), pp. 39, 49. Arr.Rb. Rotterdam 30.9.1999, NIPR 2000 n° 28, sigue para la “cuestión de la calificación” expresamente la tesis de la *lex fori*. Afirma que la pregunta de si el contrato en cuestión es un contrato de expedición o un contrato de transporte ferroviario se debe responder aplicando las normas de conflicto de los Países Bajos: dado que ni el Convenio de Roma ni otros convenios de Derecho internacional privado determinan qué contratos deben ser calificados como contratos de expedición (“*expeditie-overeenkomsten*”), es necesario recurrir a las reglas del Derecho material interno de los Países Bajos. A favor de favor de la calificación con arreglo a la *lex fori* se pronuncia también Clarke, *Int.Encycl.Comp.L.* III/26-13 (“To identify a contract for the carriage of goods requires an exercise in characterization by the forum, also it is hoped that uniform case law will develop”).

47 En ese mismo sentido Plender, (nota 23), n° marginal 6-29; Couwenberg, (nota 45), n° marginal 7.69 nota 197; Dutoit, (nota 39), pp. 39, 49. Como nosotros también Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, n° marginal 478. En parte de forma poco clara Mankowski, (nota 10), n° marginal 1376. Resultan un tanto nebulosas las consideraciones acerca de las normas de conflicto de Hof’s-Hertogenbosch 17.2.1993, NIPR 1993 n° 274, que recurriendo por anticipado al art. 4 apartados 1 y 5 del Convenio de Roma concluye la aplicabilidad del Derecho de los Países Bajos a un contrato de expedición (“*expeditie-overeenkomst*”), que era precisamente lo que estaba sujeto a debate, o contrato de transporte.

48 v. Bar/ Mankowski, (nota 30), § 7 n° marginal 171, hablan con gran claridad de un recurso calificadorio al Derecho material de la respectiva *lex fori* que destruiría toda uniformidad.

49 Así también Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, n° marginal 478; Mankowski, (nota 10), n° marginal 1376. A ese respecto en general por ejemplo Kropholler, (nota 23), p. 124; Sonnenberger, (nota 31), *Einl. IPR*, n° marginal 489 y s.; Heldrich, (nota 23), introducción al art. 3 EGBGB, n° marginal 28.

50 Análogamente acerca del concepto de contrato de trabajo Mankowski, BB 1997, 465, 466. Ver también Abel, (nota 36), p. 63, para quien los conceptos sistemáticos del Derecho internacional relativo a las obligaciones contractuales se deben entender “como conceptos autónomos que forman parte de un sistema independiente”.

51 Parecidamente Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, n° marginal 478. En coincidencia de fondo también Mankowski, (nota 10), n° marginal 1376; Kadletz, in: Pfeiffer (ed.), *Handbuch der Handelsgeschäfte* (Köln 1999), § 18, n° marginal 4 (acerca del concepto de “transportista”); Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, n° marginal 20 (también para “transportista”). Sin embargo, con una actitud escéptica en general acerca de la posibilidad práctica de efectuar una calificación comparatista omnicompreensiva von Hoffmann, (nota 36), § 6, n° marginal 23-26. Ver también Kropholler, (nota 23), pp. 124 y s.; Magnus, (nota 12), art. 36 EGBGB, n° marginal 9 en relación con n° marginal 22 y s.

52 Reinhart, RIW 1994, 445 y ss., habla de una “interpretación uniforme a escala europea”. Siguiéndole conceptual y terminológicamente Abel, (nota 36), p. 63. De forma parecida también Lando, (1996) 7 *King’s Coll. L.J.* 55, 59 (“Euro-pean debate”).

53 Plender, (nota 23), n° marginal 6-29. Parecidamente Dutoit, (nota 39), pp. 39, 49; Couwenberg, (nota 45), n° marginal 7.69 nota 197.

Convenio de Roma mismo ni en la EGBGB. Sin embargo, en el art. 4 apartado 4 frase 3 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 frase 2 EGBGB la ley señala que también se considera como contratos de transporte de mercancías los “contratos de fletamento para un solo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías”. Así, es voluntad del legislador que el transporte de mercancías no tenga por qué ser el único contenido posible del contrato, sino que basta que sea tan sólo su objeto principal⁵⁴. De esta manera, los contratos mixtos, que además del elemento del transporte también contienen elementos de otros tipos de contratos, se pueden considerar contratos de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB si predomina claramente el aspecto del transporte de mercancías, esto es, en palabras de la ley, si el transporte de mercancías es su “objeto principal”. Del tenor literal mismo del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB se desprende, por lo tanto, que el concepto de “contrato de transporte de mercancías” se debe entender en sentido amplio⁵⁵.

9. Para la calificación como contrato de transporte de mercancías resulta decisivo el tipo de prestación adeudada⁵⁶. Se trata en esencia de contratos en virtud de los cuales el deudor (transportista) se obliga a trasladar mercancías de un lugar a otro⁵⁷. El contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB está caracterizado por la obligación de transportar del transportista⁵⁸. Como transportista (“Beförderer”, “carrier”, “trans-porteur”, “vettore”, “ver-voerder”, etc.) se debe considerar a todo aquel que haya asumido contractualmente por otros el cambio de lugar de la mercancía⁵⁹. Que para determinar la persona del transportista desempeña un cometido decisivo la propia obligación contractual de efectuar el transporte se desprende del informe acerca del Convenio de Roma de Giuliano/ Lagarde⁶⁰. Ahí se dice que en los contratos de transporte suele suce-

54 Ver también Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 69; Dutoit, (nota 39), pp. 39, 49; Plender, (nota 23), nº marginal 6-30; Couwenberg, (nota 45), nº marginal 7.69.

55 Igualmente también, por ejemplo, Gaudemet-Tallon, *Rev.trim.dr.europ.* 1981, 215, 251; Grynfogel, P.A. 1992 nº 71, 26, 31; Watté, T.B.B.R. 1989, 301, 314; Couwenberg, (nota 45), nº marginal 7.69; Plender, (nota 23), nº marginal 6-30.

56 Acertadamente Mankowski, (nota 21), p. 76.

57 Cfr. Looschelders, (nota 32), art. 28 EGBGB, nº marginal 73; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 81; Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 60; Magnus, (nota 12), art. 28 CMR, nº marginal 117, 478, 481. Ver también Plender, (nota 23), nº marginal 6-30.

58 Igualmente también Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 478; Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 20; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 91 nota 191, nº marginal 251; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1375 y ss.; Looschelders, (nota 32), art. 28 EGBGB, nº marginal 73; Czernich, (nota 22), art. 4 EVÜ, nº marginal 195.

59 Cfr. Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 67; Mankowski, *TranspR* 1993, 213, 223; Mankowski, (nota 21), pp. 47 y ss.; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1375, 1550; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 91, 436 con nota 33; Heldrich, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 6; Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 117 y 478; Hanotiau, J.T. 1982, 749, 752; Vonken, (nota 23), art. 4 EVÜ, observación 6.3.2.; Boonk, *Zeerecht en IPR* (Deventer 1998), p. 189; Villani, (nota 23), p. 113; Fletcher, *Conflict of Laws and European Community Law* (Amsterdam 1982), p. 183 nota 56; Morse, (nota 23), nº marginal 33-263; Kaye, (nota 23), p. 200; Cooke/Young/Taylor/Kimbal/Martowski/Lambert, *Voyage Charters* (2ª ed., London 2001), nº 1.45; Pålsson, (nota 24), p. 64; Dutoit, (nota 39), pp. 39, 50; Vischer/Huber/Oser, (nota 24), nº marginal 458.

60 Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE 1980, nº C 282/1, 22.

der que alguien que se ha obligado por otro al transporte de mercancías no las transporta él mismo, sino que las hace transportar por un tercero. Con la expresión “transportista” del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma se hace referencia a la parte contratante que se obliga al transporte, con independencia de que efectúe el transporte ella misma o haga que lo efectúe un tercero.

10. El puro contrato de expedición, que es el único del que vamos a hablar de momento, se distingue del contrato de transporte de mercancías en que el transitario* únicamente gestiona u organiza envíos de mercancías a través del transportista por el remitente, su cliente, etc., de manera que no se obliga él mismo al transporte de las mercancías⁶¹. El contrato de expedición es un contrato de gestión, no un contrato de transporte⁶². El transitario adeuda un servicio, no el resultado de una operación de transporte. En el puro contrato de expedición el transitario no contrae una obligación de transporte propia⁶³. Tiene que seleccionar al transportista, llegar con éste a los acuerdos contractuales que sean necesarios y supervisar su actividad. Bien es cierto que por lo general las prestaciones a efectuar por el transitario son “cercanas al transporte”. Pero las obligaciones contractuales del transitario, al menos en el puro contrato de expedición, no están dirigidas inmediatamente al transporte mismo⁶⁴.

11. Para la comprobación desde el punto de vista de las normas de conflicto de leyes se debe prestar atención, como es lógico, al contrato concreto que el transitario haya suscrito en calidad de comisionista con su cliente, y no a los contratos suscritos por el transitario en calidad de comitente con terceros. Por ello no es lícito imputar al transitario (“desde el punto de vista de las normas de conflicto de leyes”) la prestación de transporte del transportista al que él haya recurrido⁶⁵ y menos aún prestar atención, a los efectos del art. 4 apartado 4 frase 2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 frase 1 EGBGB, al establecimiento principal del transportista cuyos servicios haya requerido⁶⁶.

12. El contrato de transporte suscrito por el transitario, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de expedición, en calidad de negocio ejecutivo y en nombre propio con un empresario de transportes, se debe conectar siempre independientemente⁶⁷. Está sometido a su

* “Spediteur” en el original (Nota del Traductor).

61 Mankowski, (nota 10), nº marginal 1375, 1393.

62 Ver también Mankowski, (nota 10), nº marginal 1375, 1393; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 83; Möglich, *Transportrecht und Logistikrecht* (München 2002), p. 147.

63 Mankowski, (nota 10), nº marginal 1375.

64 Parecidamente Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 61; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 83; acerca del Convenio de Roma también Czernich, (nota 22), art. 4 EVÜ, nº marginal 145.

65 Mankowski, (nota 10), nº marginal 1375.

66 Mankowski, (nota 10), nº marginal 1375, cuya crítica a OLG Düsseldorf 21.4.1994, RIW 1994, 597, 598, olvida sin embargo que la demandante reclama derechos de expedidor cedidos derivados de un contrato de transporte CMR.

67 Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 162; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 254; Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 482; Schlicht, *Die Nachnahme im internationalen Transportrecht* (Aachen 1999), p. 139; Vischer/ Huber/ Oser, (nota 24), nº marginal 454; en general también v. Bar, (nota 23), nº marginal 498.

propio estatuto. Al contrato de transporte suscrito por el transitario en calidad de expedidor con el transportista acerca del transporte de las mercancías puede que sea preciso aplicarle un convenio imperativo, p. ej. en el caso de un contrato de transporte de mercancías por carretera el CMR⁶⁸. El Derecho material aplicable de forma complementaria al CMR se debe determinar, a falta de elección de ley, mediante el art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB. Una conexión cuasi “accesoria” del estatuto del contrato complementario al CMR al estatuto del contrato suscrito entre el remitente y el transitario no se plantea, ya por la sencilla razón de que las partes que suscriben el contrato no son idénticas⁶⁹.

13. Por lo tanto, a causa de la falta de obligación de transportar, el puro contrato de expedición, en todo caso, no puede ser considerado como contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB⁷⁰. Por ello no le es aplicable la presunción del art. 4 apartado 4 frase 2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 frase 1 EGBGB⁷¹.

14. En Alemania especialmente Heldrich⁷² defiende una tesis diferente. Prefiere considerar el contrato de expedición en todas sus variantes como “contrato de transporte de mercancías” en el sentido del art. 28 apartado 4 EGBGB / art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma. El OLG Hamm es expresamente de ese mismo parecer en una sentencia de 18.5.1998⁷³. Y

68 Así en general también Memorandum from Mr. J. van Rijn van Alkemade Concerning Contracts of Carriage Other than by Sea, Dok. III/136/78-E, p. 9.

69 Acertadamente von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 254. En general también Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 96 b.

70 Así también Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 162; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 83 y nº marginal 91 nota 191, nº marginal 251, 253; v. Bar, (nota 23), nº marginal 523; Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 113 y 481; Fischer, *TranspR* 1999, 261, 263; Koller, (nota 11), § 453 HGB, nº marginal 64; A. Staudinger, *IPRax* 2001, 183, 189; Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 74; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1375, 1393; Looschelders, (nota 32), art. 28 EGBGB, nº marginal 73; Möglich, (nota 62), p. 147; acerca del Convenio de Roma Czernich, (nota 22), art. 4 EVÜ, nº marginal 145 y 195; Vischer/ Huber/ Oser, (nota 24), nº marginal 458; Cooke/ Young/ Taylor/ Kimbal/ Martowski/ Lambert, (nota 59), nº marginal 1.44.

71 Basedow, *Internationale Transporte und AGB- Gesetz*, in: *Deutsche Gesellschaft für Transportrecht* (ed.), *Transportrecht und Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen* (Neuwied 1988), pp. 239, 255; Koller, (nota 11), § 453 HGB, nº marginal 64; Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 162; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1375; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 83, 251 und 253; Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 113 und 481; Looschelders, (nota 32), art. 28 EGBGB, nº marginal 73; v. Bar, (nota 23), nº marginal 498 con nota 414; Bydlinki, in: *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, vol. 7: *Viertes Buch. Handelsgeschäfte §§ 407 - 457 Transportrecht* (München 1997), § 407 HGB, nº marginal 216; A. Staudinger, *IPRax* 2001, 183, 189; Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 20, 74; Merkt, in: *Baumbach/ Hopt, Handelsgesetzbuch* (31ª ed., München 2003), § 453 HGB, nº marginal 4; Fischer, *TranspR* 1999, 261, 263; Gass, in: *Ebenroth/ Boujong/ Joost* (eds.), *Handelsgesetzbuch. Kommentar*, vol. 2 (München 2001), § 453 HGB, nº marginal 142; Möglich, (nota 62), p. 147; con detalle también Czernich, (nota 22), art. 4 EVÜ, nº marginal 145 und 195. Sin efectuar consideraciones desde el punto de vista de las normas de conflicto acerca del puro contrato de expedición en el marco de una solución alternativa OLG Hamm 20.3.1997, *TranspR* 1998, 297, 300.

72 (Nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 6; aprobatoriamente Lenz, *Straßengütertransportrecht* (Köln 1988), nº marginal 46; Fremuth, in: Thume (nota 10), anexo V, art. 440 HGB y § 50 ADSp, nº marginal 192; Kadletz, (nota 51), § 18, nº marginal 4; Rauscher, (nota 36), p. 246; Schlossauer-Selbach, *Internationales Privatrecht* (Heidelberg 1989), nº marginal 291. Quizá también Mankowski, (nota 21), p. 48, quien sin embargo inmediatamente introduce una limitación: “al menos en el caso de auto-entrada conforme a los §§ 412, 413 HGB”.

también un dictamen más reciente del Max-Planck-Institut de Hamburgo⁷⁴ se suma a la tesis de Heldrich. Para defenderla este autor apela al informe acerca del Convenio de Roma de Giuliano/ Lagarde⁷⁵. En él se dice, como ya mencionamos más arriba, que en los contratos de transporte de mercancías sucede frecuentemente que alguien que se obliga a transportar mercancías por otro no transporta él mismo dichas mercancías, sino que hace que las transporte un tercero. Con la expresión “transportista” del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma se alude –siempre según el mencionado informe– a la parte contratante que se obliga al transporte, con independencia de que lo efectúe ella misma o haga que lo efectúe un tercero. Parece claro que Heldrich desea derivar de esas últimas palabras (“o haga que lo efectúe un tercero”) que el contrato de expedición se debe considerar como contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 28 apartado 4 frase 1 EGBGB⁷⁶. De forma parecida ve esta cuestión Hohloch⁷⁷ cuando haciendo referencia al informe acerca del Convenio de Roma de Giuliano/ Lagarde observa que el “contrato de transporte de mercancías” en el sentido del art. 28 apartado 4 EGBGB (= art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma) no presupone que el transporte sea efectuado por la parte contratante misma. Idéntica es la argumentación de Rauscher⁷⁸. Por su parte, Kadletz⁷⁹ aduce para fundamentar su subsunción de todos los transitarios en el concepto de transportista del art. 28 apartado 4 EGBGB que el concepto de “transportista” (“Beförderer”) utilizado en el art. 36 EGBGB⁸⁰ se debe interpretar con arreglo al Convenio de Roma y que los ordenamientos de otros Estados signatarios del Convenio de Roma no trazan la diferencia que establece el Derecho alemán entre contrato de expedición y contrato de transporte con el mismo rigor⁸¹. Para Puttfarcken⁸² los contratos de expedición caen en la categoría del art. 28 apartado 4 frase 2 EGBGB (“los demás contratos cuyo objeto principal sea la realización de un transporte de mercancías”).

15. Sin embargo, no es posible dar seguimiento a esas tesis generalizadoras. Por un lado, ya la premisa de la observación contenida en el

73 TranspR 1999, 442, 443 (“La cuestión de si en este caso se trata de contratos de transporte o de expedición no es decisiva en el marco del art. 28 apartado 4 EGBGB, dado que también los contratos de expedición son contratos de transporte de mercancías en el sentido de esa disposición”). Parecidamente en buena parte ya OLG Hamburg 30.3.1989, TranspR 1989, 321, 322.

74 IPG 1997 nº 18, p. 277.

75 Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE 1980, nº C 282/1, 22.

76 Igualmente acerca del “contrat de commission de transport” también Achard, DMF 1991, 452, 454; Mankowski, (nota 21), p. 48.

77 (Nota 24), art. 28 EGBGB, nº marginal 25 y 41.

78 (Nota 36), p. 246.

79 (Nota 51), § 18, nº marginal 4.

80 Su contenido equivale en buena parte al del art. 18 del Convenio de Roma.

81 Ahora bien, precisamente esas mismas diferencias en Derechos extranjeros son aducidas por Gass, (nota 71), observación preliminar al § 407 HGB, nº marginal 183, como argumento a favor de que el transitario no puede ser sub-sumido bajo la característica del transporte de mercancías en el sentido del art. 28 apartado 4 EGBGB.

82 In: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, vol. 7 a: Aktualisierungsband zum Transportrecht (München 2000), § 452 HGB, nº marginal 36 y 39.

informe de Giuliano / Lagarde, según la cual la obligación de transportar caracteriza a los contratos de transporte que son objeto de dicho informe⁸³, no se cumple en el caso del puro contrato de expedición⁸⁴. Pues el expedidor no se obliga a transportar él mismo, ni a hacer que terceros cumplan una obligación de transportar propia de él, sino solamente a organizar o gestionar un transporte de mercancías. Por otra parte, es probable que el pasaje citado del informe de Giuliano/ Lagarde apunte a algo totalmente distinto⁸⁵. Según se dice en el informe acerca del Convenio de Roma, los empresarios de transporte se obligan en ocasiones al transporte de mercancías sin tener la intención de ejecutar ellos mismos de hecho esos contratos de transporte. Antes bien, para ahorrar costes, entre otras razones posibles, “delegan” en otros las operaciones de transporte, es decir, suscriben contratos de subtransporte. En esos casos, el transportista (principal) hace que un tercero efectúe el transporte. El transportista principal es expedidor, el tercero, esto es, el subtransportista, es transportista del contrato de transporte suscrito entre ellos⁸⁶. En cualquier caso, que con el mencionado pasaje del informe acerca del Convenio de Roma se desee hacer referencia al contrato de expedición, o a figuras jurídicas similares de los demás ordenamientos jurídicos europeos, no se desprende del informe mismo. Por lo tanto, la tesis de Heldrich y Hohloch difícilmente se podría fundamentar con el informe acerca del Convenio de Roma⁸⁷. Y tampoco de la historia genética del Convenio de Roma cabe extraer referencias consistentes que vayan en esa dirección. El único documento en el que se entra expresamente en la expedición es, por lo que sabemos, el “Memorandum from Mr. J. van Rijn van Alkemade Concerning Contracts of Carriage Other than by Sea”⁸⁸, que partiendo de la solución de conexión del posterior art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma, en un primer momento concebida específicamente para contratos de transporte de mercancías por vía marítima, investigaba si también para contratos de transporte de mercancías ejecutados con otros medios de transporte se necesitaba soluciones específicas en términos de las normas de conflicto de leyes⁸⁹. Van Rijn van Alkemade expone en ese mismo texto que el empresario del transporte combinado (“combined transport operator”) puede ser un “transitario” (“forwarding agent”) cuyos servicios consistan principalmente en organizar

83 Ver más arriba en el nº 9 texto posterior a la nota 60.

84 Igualmente también Bydlinski, (nota 71), § 407 HGB, nº marginal 216, quien –yendo demasiado lejos– lo refiere en general a todos los contratos de expedición.

85 Así lo ve también Mankowski, (nota 21), pp. 47 y ss.

86 Ver también el ejemplo de Fletcher, (nota 59), p. 183 nota 56 que ilustra este punto en el informe.

87 También rechaza esa posibilidad von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 91 nota 191; Gass, *Der Speditionsvertrag im internationalen Handelsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Spediteurbedingungen (ADSp), der englischen Standard Trading Conditions (STC) und der französischen Conditions Générales* (Diss., Tübingen 1991), p. 184; Bydlinski, (nota 71), § 407 HGB, nº marginal 216. Ver también Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 481.

88 Dok. III/136/78-E, pp. 8 y s. Hace algún tiempo pude consultar los documentos de conferencia del Convenio de Roma en la biblioteca del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht en Hamburgo. Apro-vecho esta oportunidad para agradecer de nuevo al personal de la misma su amable ayuda.

89 van Rijn van Alkemade, Dok. III/136/78-E, p. 5, defendía la tesis de que es posible extender sin más la norma de conflicto [del posterior art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma] concebida para contratos de transporte de mercancías por vía marítima a los contratos de transporte de mercancías por carretera.

transportes mediante diversos medios de transporte y en suscribir los necesarios contratos con subtransportistas. La solución más clara y evidente sería, siempre según van Rijn van Alkemade⁹⁰, someter ese contrato especial –que se diferencia de la mayor parte de los demás contratos de transporte en que el empresario del transporte combinado no efectúa el transporte, sino que hace que lo efectúen total o parcialmente otros transportistas– a la regla general del art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma⁹¹. Para ese mismo autor, los criterios del lugar de destino y del lugar de carga no son aquí tan importantes. Las demandas contra el empresario del transporte combinado, prosigue, se interponen en el lugar de jurisdicción del demandado, es decir, en el Estado en el que éste tenga su establecimiento. Si el empresario del transporte combinado efectúa él mismo partes del transporte van Rijn van Alkemade considera que es de suponer que la norma aplicable a sus relaciones jurídicas con el expedidor en lo que se refiere a esa parte del transporte es la norma aplicable a los contratos de ese modo de transporte. En el “Memorandum” no se dice que la norma de conflicto específica concebida en un principio para el transporte de mercancías por vía marítima deba aplicarse también al contrato de expedición o “forwarding contract”. Lo cual nada tiene de extraño, toda vez que la característica calificadora decisiva para el concepto de contrato de transporte de mercancías es precisamente la obligación de transportar, y en el caso del puro contrato de expedición, o de figuras jurídicas de los Derechos extranjeros comparables funcionalmente, esa obligación no está contenida en el contrato. En efecto, el transitario no se obliga a efectuar él mismo el transporte, sino únicamente –dicho a grandes rasgos y de forma poco técnica– a proporcionar un transportista⁹². Esto también impide considerar los puros contratos de expedición como “otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías” en el sentido de la segunda alternativa del art. 4 apartado 4 frase 3 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 frase 2 EGBGB⁹³. Atendiendo al perfil de obligaciones que comporta, un contrato normal de expedición no es un contrato cuyo objeto principal sea inmediata y directamente el transporte de mercancías⁹⁴.

16. Por lo tanto, el puro contrato de expedición se debe conectar conforme al art. 28 apartado 2 EGBGB / art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma⁹⁵. A falta de elección⁹⁶ el puro contrato de expedición se rige, así pues, por la ley del lugar en que esté situado el establecimiento del transitario que efectúe la prestación característica⁹⁷. A esos efectos resulta determinante el establecimiento del transitario desde el cual se efectúe predo-

90 Dok. II/136/78-E pp. 8 y s.

91 En aquel entonces aún en su redacción provisional, que sin embargo equivalía en su contenido al art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma aprobado en 1980.

92 Cfr. von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, n° marginal 91 nota 191, n° marginal 251; Gass, (nota 87), p. 184; Bydlinksi, (nota 71), § 407 HGB, n° marginal 216.

93 Así también Mankowski, (nota 10), n° marginal 1375, en contra de OLG Hamburg 30.3.1989, TranspR 1989, 321, 322. Cfr. asimismo Bydlinksi, (nota 71), § 407 HGB, n° marginal 216 (pero refiriéndose a los contratos de expedición en general).

94 Acertadamente Mankowski, (nota 10), n° marginal 1375.

minantemente la prestación contractual⁹⁸. Mankowski⁹⁹ habla de la ley del lugar en que esté situado el establecimiento del transitario determinante para el contrato. El lugar de ese establecimiento será decisivo también cuando el transporte se efectúe exclusivamente en el extranjero, dado que la prestación contractual característica (organizar o gestionar el transporte) se efectúa dentro del territorio nacional¹⁰⁰. Si fuese voluntad de las partes contratantes que la prestación contractual se efectuase por una sucursal del transitario, se debería aplicar la ley vigente en esa sucursal¹⁰¹.

17. La ley del lugar en que esté situado el establecimiento del transitario comisionado que efectúe la prestación característica se aplica también al posible contrato entre un transitario principal que actúe como comitente y un sub-transitario¹⁰². En la expedición transfronteriza y en la expedición aduanera es el transitario que realice el despacho aduanero quien efectúa la prestación característica en el sentido del art. 4 apartado

95 Así también Basedow, (nota 71), pp. 239, 255; Schlicht, (nota 67), p. 139; Gass, (nota 71), observación preliminar al § 407 HGB, nº marginal 183, 184; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1377, 1393; Möglich, (nota 62), p. 147; Vischer/ Huber/ Oser, (nota 24), nº marginal 454, 458; Czernich, (nota 22), art. 4 del Convenio de Roma, nº marginal 145 y s. Con detalle también Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 74 Looschelders, (nota 32), art. 28 EGBGB, nº marginal 73.

96 Acerca de la elección de ley aplicable en el caso de los contratos de expedición ver por ejemplo Mankowski, (nota 10), nº marginal 1365 y ss., 1393. Las condiciones estándar de los transitarios contienen frecuentemente una cláusula de elección de ley aplicable. Cfr. por ejemplo apartado 30.3 de las Condiciones generales de expedición alemanas (abreviadamente ADSp) de 2003 y a ese respecto Koller, (nota 11), § 407 HGB, nº marginal 127, apartado 30 ADSp, nº marginal 6; Helm, (nota 10), art. 1 CMR, nº marginal 84; Temme, in: Knorre/ Temme/ Müller/ Schmid/ Demuth/ Salzmann, Praxishandbuch Transportrecht (München, Losebl., última revisión: julio de 2003); G II nº marginal 214; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1367, 1393; Gass, (nota 71), observación preliminar a § 407 HGB, nº marginal 182, § 453 HGB, nº marginal 141; Fischer, TranspR 1999, 261, 262 y s. y 286 y s.; OLG Düsseldorf 12.12.2001, TranspR 2002, 33, 34. Ver asimismo Fischer, TranspR 1995, 244, 427 (acerca del art. 33 apartado 4 AB SSV); Schütz, en Straube (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band §§ 1-188, §§ 343-453 (3. Aufl., Wien 2003), § 407 HGB, Rn. 53 (§ 65 AÖSp).

97 Cfr. Basedow, (nota 71), pp. 239, 255; Koller, (nota 11), § 453 HGB, nº marginal 64; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 253; Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 162; Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 481; Looschelders, (nota 32), art. 28 EGBGB, nº marginal 73; Merkt, (nota 71), § 453 HGB, nº marginal 4; Bydlinski, (nota 71), § 407 HGB, nº marginal 213 (inexactamente sin embargo § 409 HGB, nº marginal 20, donde sólo se cita el art. 28 apartado 1 EGBGB); Gass, (nota 71), § 453 HGB, nº marginal 142, observación preliminar al § 407 HGB, nº marginal 183, 186; v. Bar, (nota 23), nº marginal 498 con nota 414; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1377, 1393; Lüderitz, Internationales Privatrecht (2ª ed., Frankfurt am Main 1992), nº marginal 278; H. Mohrbutter/ Ch. Mohrbutter, ZAP 1990, 831, 851; acerca del Convenio de Roma Czernich, (nota 22), art. 4 del Convenio de Roma, nº marginal 146; Pålsson, (nota 24), p. 58. Caso de aplicación: OLG Bremen 11.5.1995, VersR 1996, 868. De los fundamentos de Derecho reproducidos no se desprende con total claridad si se trataba realmente de un puro contrato de expedición o más bien de una expedición a coste fijo. En este último caso habría sido aplicable el art. 28 apartado 4 EGBGB. Ver más abajo el nº 19 y s. Discrepantemente OLG Hamm 18.5.1998, TranspR 1999, 442, 443, que pretende subsumir de forma totalmente global los contratos de expedición bajo el concepto de contrato de transporte de mercancías del art. 28 apartado 4 EGBGB. Críticamente a ese respecto Martiny, ZEuP 2001, 308, 319. De forma poco clara OLG Hamburg 23.2.1995, TranspR 1996, 40, cuya verificación desde el punto de vista de las normas de conflicto se limita a la frase "Ese es aquí conforme al art. 28 EGBGB y al § 65 letra c de las ADSp el Derecho alemán". Si el tribunal parte realmente de una elección de ley aplicable conforme al § 65 letra c ADSp 1993, la referencia al art. 28 [¿qué apartado?] EGBGB sería superflua.

98 von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 253.

99 (nota 10), nº marginal 1377, 1393.

100 Así también Gass, (nota 71), observación preliminar al § 407 HGB, nº marginal 186; Gass, (nota 87), pp. 187 y s.

101 Czernich, (nota 22), art. 4 del Convenio de Roma, nº marginal 146.

102 Cfr. Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 162; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 253; Mankowski, (nota 10), nº marginal 1377; Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 74. Ver también OLG Hamburg 23.2.1995, TranspR 1996, 40.

2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 2 EGBGB¹⁰³. En ese caso no existe transporte de mercancías, por lo que no es aplicable el art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB¹⁰⁴.

18. Los puros contratos de expedición, dado que no son contratos de transporte de mercancías y por lo tanto no caen en la excepción del art. 5 apartado 4 letra a del Convenio de Roma / art. 29 apartado 4 frase 1 n^o 1 EGBGB, pueden quedar sometidos materialmente por principio a las conexiones especiales para contratos celebrados por los consumidores del art. 5 del Convenio de Roma / art. 29 EGBGB¹⁰⁵. Ahora bien, en la práctica esos casos difícilmente tendrán gran relevancia. La mayor parte, con diferencia, de los contratos de expedición se suscribe hoy en día con una finalidad asignable a la actividad profesional o comercial del comitente del transitario, por lo que de antemano queda fuera de la categoría de contrato celebrado por un consumidor prevista en el art. 29 EGBGB/ art. 5 del Convenio de Roma. La asignación a la esfera privada del cliente de la expedición que el art. 5 del Convenio de Roma / art. 29 EGBGB exige para el concepto de “consumidor” es pensable en la pura expedición de mudanzas, esto es, la organización de una mudanza o de un transporte de muebles transfronterizo para una persona privada¹⁰⁶. Otro requisito es, naturalmente, que el puro contrato de expedición se suscriba bajo las condiciones similares a las del mercado interior mencionadas en el art. 5 apartado 2 del Convenio de Roma / art. 29 apartado 1 EGBGB, por ejemplo que se suscriba tras una medida publicitaria anterior del transitario en ese Estado¹⁰⁷.

19. Una vez que se ha constatado que la propia obligación contractual de transportar es el criterio decisivo para la calificación como contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB, no es sino cuestión de coherencia someter a la presunción del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB también aquellos contratos en los cuales el comisionado como transitario asume materialmente (también) derechos y obligaciones de transportista, es decir, adeuda él mismo prestaciones de transporte¹⁰⁸. Parte de la bibliografía alemana defiende, por lo tanto, la tesis de que en los casos de los §§ 412 apartado 1 HGB en su redacción antigua¹⁰⁹ (autoentrada), 413 apartado 1 HGB en su redacción antigua

103 Cfr. OLG Bremen 19.5.1994, TranspR 1995, 32, 33. De forma poco clara OLG Düsseldorf 28.10.1993, BB 1995, 1376, 1377, donde se argumenta con la voluntad hipotética de las partes, que sin embargo no tiene relevancia alguna en el Convenio de Roma.

104 En el mismo sentido Mankowski, (nota 10), n^o marginal 1375.

105 Así también Mankowski, (nota 10), n^o marginal 1380.

106 Ver Mankowski, (nota 10), n^o marginal 1381. Distinta es la situación en el caso de los contratos de transporte de muebles, etc. en caso de mudanza. A dichos contratos se les aplica la excepción del art. 5 apartado 4 letra a del Convenio de Roma / art. 29 apartado 4 frase 1 n^o 1 EGBGB. Cfr. Fischer, TranspR 1996, 407, 417.

107 Cfr. Basedow, (nota 71), pp. 239, 255 y s. Ver también Mankowski, (nota 10), n^o marginal 1380 y s.

108 Con toda claridad recientemente también Martiny, ZEuP 2001, 308, 319 (“si el contrato comprende prestaciones de transporte”). Ver también Mankowski, (nota 10), n^o marginal 1376 (“Por lo tanto él [el transitario, FF] mismo adeuda prestaciones de transporte”).

(expedición a coste fijo) y 413 apartado 2 HGB en su redacción antigua (expedición colectiva), en los cuales el transitario es equiparado también, o, según los casos, exclusivamente a un transportista (el denominado “transitario-transportista” (Spediteur-Frachtführer)), se debe efectuar la presunción del art. 28 apartado 4 EGBGB¹⁰⁹. Esa tesis es acertada. Tanto en la autoentrada como en la expedición a coste fijo y en la expedición colectiva el contrato tiene carácter de contrato de transporte en rasgos esenciales suyos. Esto es suficiente para que en esos casos sea posible subsumir el contrato de expedición en el concepto sistemático autónomo de “contrato de transporte de mercancías” entendido en sentido amplio del art. 28 apartado 4 EGBGB / art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma¹¹⁰. En lo que respecta a la expedición a coste fijo así lo ha reconocido de hecho la jurisprudencia alemana¹¹². Una calificación con arreglo a la *lex fori*, que deduce de la aplicación de los §§ 412, 413 HGB en su redacción antigua si se está o no ante un contrato de transporte de mercancías, sería inaceptable¹¹³.

20. Esta valoración tampoco se modifica en virtud de la vigencia del nuevo Derecho de transportes alemán¹¹⁴, en el que “en lo referente al transporte” se ha establecido una equiparación del transitario-transportista con el transportista. Dado que en los casos de autoentrada (§ 458 frase 2 HGB),

109 Código de comercio alemán (Handelsgesetzbuch) en su redacción vigente antes de 1.7.1998. Acerca de la reforma del Derecho de transportes ver más abajo nº 20, nota 114.

110 Así Basedow, (nota 71), pp. 239, 255; v. Bar, (nota 23), nº marginal 523, 498 nota 419; Martiny, (nota 15), art. 28 EGBGB, nº marginal 162; von Hoffmann, (nota 23), art. 28 EGBGB, nº marginal 83, 251; Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 113, 478 y 481; Koller, *Transportrecht. Kommentar* (3ª ed., München 1995), § 407 HGB, nº marginal 75, § 425 HGB, nº marginal 49; Schlicht, (nota 67), p. 139; H. Mohrbutter/Ch. Mohrbutter, ZAP 1990, 831, 851. Con detalle también Mankowski, (nota 21), p. 48, quien sin embargo se basa en el pasaje del informe de Giuliano/Lagarde ya varias veces citado. Acerca del caso de la autoentrada del transitario también Vischer/Huber/Oser, (nota 24), nº marginal 458, 454; Czernich, (nota 22), art. 4 del Convenio de Roma, nº marginal 145 y 195. Acerca de la expedición a coste fijo Helm, in: Staub (ed.), *Handelsgesetzbuch. Großkommentar*, 15ª entrega: §§ 425 - 452 (con seguros, SVS/RVS 1989, GüKG, KVO, AGNB, ADSp, Schwergutbed., GüKUMT, Spartenübergr. Trans.) (4ª ed., Berlin 1993), § 425 HGB, nº marginal 60 nota 135. Sin problematización de la naturaleza jurídica del contrato (contrato de expedición o contrato de transporte) y sin entrar en cuestiones de Derecho internacional privado, LG Aschaffenburg 17.10.1996, *JahrbtR* 11 (1998) 279 y ss. aplica el Derecho alemán.

111 En ese mismo sentido también Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 478 y 481. De otra opinión Cass, (nota 87), pp. 185 y s., quien no desea extender el art. 28 apartado 4 EGBGB a los contratos de expedición en la forma de los §§ 412, 413 HGB en su redacción antigua. Acerca de la aplicación del art. 28 apartado 2 EGBGB (= art. 4 apartado 2 EVÜ) a la expedición a coste fijo Schinkels, *IPRax* 2003, 517, 519 nota 24. También Lüderitz, (nota 97), nº marginal 278, es partidario, patentemente, de conectar todos los contratos de expedición conforme al art. 28 apartado 2 EGBGB. Los casos en los que el transitario asume obligaciones de transporte no se someten a un estudio específico.

112 Ver OLG Hamburg 22.1.1998, *TranspR* 1998, 252, 253 y s. (expedición a coste fijo, art. 28 apartado 4 EGBGB); OLG München 23.7.1996, *TranspR* 1997, 33, 34 [las consideraciones desde el punto de vista de las normas de conflicto han sido fundamentadas en el mismo procedimiento haciendo referencia a la sentencia de 23.7.1996 del OLG München 31.3.1998, *TranspR* 1998, 353, 355]. Cfr. también OLG Hamburg 30.3.1989, *TranspR* 1989, 321, 322. Sin embargo, el Tribunal va en su resolución más lejos de lo conveniente, por cuanto da la impresión de sostener que el contrato de expedición es subsumible siempre en el art. 28 apartado 4 EGBGB. Esa impresión se ve reforzada adicionalmente por el hecho de que el Tribunal se remite al comentario de Heldrich en el *Palandt*. De forma parecidamente global también OLG Hamm 18.5.1998, *TranspR* 1999, 442, 443. Con poca claridad OLG München 4.12.1996, *TranspR* 1997, 193, 195; OLG Hamm 20.3.1997, *TranspR* 1998, 297, 299; OLG Düsseldorf 25.9.1997, *TranspR* 1999, 159. Ver también OLG Düsseldorf 21.4.1994, *RIW* 1994, 597, 598, que aplica el art. 28 apartado 4 EGBGB [= art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma] a un transporte colectivo, entendiendo por tal probablemente un caso de expedición colectiva.

113 Así también Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, nº marginal 478. Ver también Mankowski, (nota 10), nº marginal 1376.

expedición a coste fijo (§ 459 frase 1 HGB), que es el caso más habitual en la práctica, y expedición colectiva (§ 460 apartado 2 frase 1 HGB) “en lo referente al transporte” el transitario debe ser considerado él mismo como transportista de las mercancías, esos contratos de expedición –sin que sea necesario recurrir al Derecho nacional– caen bajo el concepto autónomo de “contrato de transporte de mercancías” del art. 28 apartado 4 EGBGB / art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma¹¹⁵.

21. Bydlinski¹¹⁶ rechaza la aplicación del art. 28 apartado 4 EGBGB [= art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma] en los casos de autoentrada y de expedición colectiva. Lo fundamenta, en lo que se refiere a la autoentrada del transitario, afirmando que no se sabe de antemano si el otro ordenamiento en cuestión (no alemán) prevé algo semejante a la autoentrada o lo permite sin más. Acerca de la expedición colectiva sostiene una tesis análoga. Pero su argumentación olvida que, como mostramos más arriba, el concepto de “contrato de transporte de mercancías” del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB se debe determinar de forma autónoma, es decir, sin atender a categorías conceptuales y sistemáticas de Derechos nacionales. Pues sólo así se podrá garantizar que supuestos funcionalmente idénticos sean conectados de manera idéntica en todos los Estados signatarios del Convenio de Roma. Además, no se ve por qué precisamente el caso evidente de la autoentrada –el transportista* asume contractualmente él mismo la obligación de transportar, por más que (nadie lo niega) la asuma posteriormente¹¹⁷ – no puede caer bajo el art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB, mientras que Bydlinski¹¹⁸, al menos para el caso de la expedición a coste fijo, que es el que se da con mayor frecuencia en la práctica, acepta que ésta de suyo se debe asignar materialmente al Derecho relativo al transporte de mercancías y que además resulta harto difícil deslindarla del

114 Desde 1.7.1998 está vigente en Alemania un nuevo Derecho de transportes, §§ 407 – 475 h HGB. Ver la Ley alemana de nueva regulación del Derecho de transporte, expedición y almacenaje (Gesetz zur Neuregelung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts), más conocida como “Ley de reforma del Derecho de transportes” (Transportrechtsreformgesetz, abreviadamente TRG) de 25.6.1998, BGBl. I pp. 1588 y ss. Introducción en inglés en Herber, ETR 1998, 591 y ss.; Trappe, [2001] LMCLQ 392 y ss. Cfr. también el trabajo en español de Llorente Gómez de Segura, RDM 1999, 1601 y ss.

115 Cfr. Fischer, TranspR 1999, 261, 263. Aprobatoriamente Koller, (nota 11), § 407 HGB, n° marginal 127, § 453 HGB, n° marginal 64; A. Staudinger, IPRax 2001, 183, 189 con nota 92. Parecidamente Fremuth, in: Fremuth/Thume (eds.), Kommentar zum Transportrecht (Heidelberg 2000), observación preliminar a los §§ 407 y ss. HGB, n° marginal 49; Merkt, (nota 71), § 453 HGB, n° marginal 4; Mankowski, (nota 10), n° marginal 1376; Looschelders, (nota 32), art. 28 EGBGB, n° marginal 73. Para el caso dlla autoentradas Möglich, (nota 62), p. 147. Con detalle también Spickhoff, (nota 23), art. 28 EGBGB, n° marginal 20. Ejemplos: OLG Köln 30.7.2002, TranspR 2003, 116, 117 (expedición a coste fijo, aplicando el art. 28 apartado 4 EGBGB); OLG Karlsruhe 27.1.2004, TranspR 2004, 468, 470 (expedición a coste fijo, aplicando el CMR, aplicación complementaria del Derecho austríaco derivada del art. 28 apartado 4 EGBGB). OLG Dusseldorf 26.7.2004, TranspR 2005, 118, 120. Con detalle también OLG Düsseldorf 26.10.2000, mencionada en BGH 9.10.2003, TranspR 2004, 175. De otra opinión Gass, (nota 71), § 453 HGB, n° marginal 143 y s., observación preliminar al § 407 HGB, n° marginal 185; Schinkels, IPRax 2003, 517, 519 nota 24 (para los casos del § 459 HGB).

116 (Nota 71), § 407 HGB, n° marginal 215.

* Sic en el original (“Frachtführer”), pero el contexto indica que se trata probablemente de una errata y que lo correcto es “transitario” (“Spediteur”). (Nota del Traductor).

117 Ver también Mankowski, (nota 10), n° marginal 1376.

118 (Nota 71), § 408 HGB, n° marginal 215, § 409 HGB, n° marginal 20.

contrato de transporte. Ahora bien, todos los casos ubicados en la zona fronteriza entre el transporte y la expedición se enfrentan a dificultades de delimitación muy similares. Por ello, va en interés de una aplicación uniforme del Derecho la subsunción de todos los contratos que impongan al empresario una obligación de transportar no enteramente accesoria bajo el concepto amplio de “contrato de transporte de mercancías” del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB¹¹⁹.

22. Los contratos de expedición, cuando, según sucede en los casos de la autoentrada, la expedición a coste fijo y la expedición colectiva, son clasificables como contratos de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB, caen bajo la excepción del art. 5 apartado 5+ letra a del Convenio de Roma / art. 29 apartado 4 frase 1 n^o 1 EGBGB para contratos de transporte¹²⁰. Esos contratos no ofrecen protección al consumidor mediante normas de conflicto de leyes.

23. Como resultado provisional cabe constatar que el criterio autónomo decisivo para saber que estamos ante un “contrato de transporte de mercancías” en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB es la propia obligación de transportar del empresario. Siempre que el empresario adedude principalmente el transporte de la mercancía –siendo irrelevante que cumpla él mismo la obligación de transportar o que, como sucede frecuentemente en la práctica, transfiera el transporte a otros eslabones de la “cadena”, esto es, haga que lo efectúen subtransportistas– estaremos ante un contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB. Cuando el empresario actúa exclusivamente “organizando” o “intemediando”, porque únicamente se ha obligado a gestionar el transporte, sin asumir él mismo, ni al suscribir el contrato ni tampoco posteriormente, (también) una obligación de transportar, no es pertinente el art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB¹²¹. Por ello, al puro transitario le es aplicable el art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 2 EGBGB.

24. Con base en ese mismo esquema es posible clasificar desde el punto de vista de las normas de conflicto de leyes también los contratos sus-

+ Sic en el original, pero el contexto indica que se trata probablemente de una errata y que lo correcto es “apartado 4”. (Nota del Traductor).

119 Parecidamente Magnus, (nota 12), art. 28 EGBGB, n^o marginal 481.

120 Acertadamente Mankowski, (nota 10), n^o marginal 1379. Con detalle también Basedow, (nota 71), pp. 239, 255. Sin matizar Gass, (nota 87), p. 266 nota 4, quien, según es patente, considera aplicables a los contratos de expedición de forma totalmente general las conexiones del art. 29 EGBGB.

121 Nebulosamente a ese respecto OLG München 3.11.1989, TranspR 1990, 71, que únicamente presta atención a si la demandada “tenía que efectuar prestaciones contractuales características”. Se habría debido decidir si la demandada era transportista o transitaria-transportista (en ese caso sería aplicable el art. 28 apartado 4 EGBGB / art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma), o más bien mera transitaria (y entonces procedería aplicar el art. 28 apartado 2 EGBGB [= art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma]).

critos en los Derechos extranjeros por clientes con transitarios o intermediarios de transporte similares (por ejemplo el “Spe-diteur” austríaco o suizo, el “commissionaire de transport” francés, el “expediteur” de los Países Bajos, el “commissionaire-vervoerder” / “commissionaire-expéditeur” belga, el “freight forwarder” inglés, el “spedi-zioniere” o el “spedizionario-vettore” italianos, el “speditör” sueco, etc.)¹²². La calificación europeo-autónoma aquí defendida hace innecesario recurrir al Derecho nacional.

25. Los argumentos aducidos por Kadletz¹²³ a favor de la subsunción de todos los transitarios en el concepto de transportista del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma / art. 28 apartado 4 EGBGB no resultan convincentes a la luz de las características conceptuales autónomas que aquí hemos extraído. Lo mismo se puede decir de la tesis de Gass¹²⁴, que conduce al resultado exactamente contrario, pero fundamentado con argumentos similares, de que todos los contratos de expedición, incluidas la autoentrada, la expedición a coste fijo y la expedición colectiva, caen bajo el art. 28 apartado 2 EGBGB. Y es que lo decisivo no puede ser si los Derechos nacionales trazan la diferencia que establece el Derecho alemán entre el contrato de expedición y el contrato de transporte de forma igualmente consecuente, sino si se constata la existencia de situaciones funcionalmente equivalentes en los ordenamientos de los Estados signatarios del Convenio de Roma que justifiquen una clasificación diferenciada desde el punto de vista de las normas de conflicto con base en las características autónomas extraídas del estudio detenido de la cuestión¹²⁵. Pues bien, esto último es precisamente lo que sucede, según se puede mostrar con base en los siguientes ejemplos.

26. En lo que respecta a Austria, Czernich¹²⁶ defiende la tesis de que la norma de conflicto de leyes específica contenida en el art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma¹²⁷ sólo es aplicable al contrato de expedición cuando el transitario asume él mismo el transporte (autoentrada). De no ser así, prosigue Czernich, se mantiene la conexión prevista en el art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma. Acerca de los contratos de

122 Aquí no es posible ofrecer un análisis comparativo omniabarcante de la situación jurídica reinante en todos los Estados signatarios del Convenio de Roma. Tengo que limitarme a algunos ordenamientos paradigmáticos. Por desgracia, tampoco me ha sido posible un tratamiento detenido del Derecho español. La bibliografía española relativa al Convenio de Roma o al Derecho internacional privado a la que he tenido acceso no se pronuncia, en lo que yo alcanzo a ver, acerca de la problemática aquí estudiada. La razón quizá sea que el “transitario” español, si no me equivoco (cfr. art. 379 del Código de Comercio), tiene un estatus asimilado al del transportista. Ver acerca de la delimitación en el Derecho español por ejemplo F.J. Sánchez-Gamborino, *El contrato de transporte* (Madrid 1993), pp. 120 y ss.; F.J. Sánchez-Gamborino, *ETR* 1992, 444, 453 y s.; Llorente Gómez de Segura, (nota 10), pp. 467, 477 y 488 y s.; Gabaldón García, *RDM* 2000, 1723 y ss., con más referencias. Esto iría a favor de una subsunción bajo el art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma.

123 (Nota 51), § 18, nº marginal 4. Ver más arriba en el nº 14 el texto posterior a la nota 79.

124 (Nota 71), § 453 HGB, nº marginal 143 y s., observación preliminar al § 407 HGB, nº marginal 185.

125 También la bibliografía extranjera y la jurisprudencia proceden de forma matizada, cuando detectan la problemática y abordan su estudio. Trataremos este punto en seguida en los números 26 - 33.

126 (Nota 22), art. 4 del Convenio de Roma, nº marginal 145 y 195.

127 Czernich, (nota 22), art. 4 del Convenio de Roma, nº marginal 145, habla de forma no enteramente afortunada de “conexión especial”. Sin embargo, no es el único que utiliza esta expresión al tratar temas de Derecho internacional privado.

expedición a coste fijo y de expedición colectiva, muy frecuentes en la práctica también en Austria (cfr. § 413 apartados 1 y 2 del Código de comercio austríaco (öst. HGB)) Czernich no se manifiesta. También los contratos de expedición a coste fijo y de expedición colectiva se deben considerar, de conformidad con los criterios de calificación expuestos más arriba (propia obligación de transportar) como contratos de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma.^{127a}

27. En la opinión de diversos autores suizos, el (puro) contrato de expedición está sometido a la regulación general del art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma¹²⁸. Esos autores consideran que en la autoentrada se debe tener en cuenta en relación con el Convenio de Roma que el transitario se convierte en transportista en el sentido de la norma especial de conflicto aplicable a los contratos de transporte de mercancías contenida en el art. 4 apartado 4 de dicho Convenio¹²⁹. En cambio, el Derecho internacional privado suizo¹³⁰ mismo no prevé una norma especial para los contratos de transporte de mercancías. A falta de elección de ley, el art. 117 de la IPRG suiza aplica a los contratos de transporte¹³¹ –igual que a los contratos de expedición¹³²– el principio general de la prestación característica.

28. En la jurisprudencia de los Países Bajos, cuando no existe propia obligación de transportar, el contrato de expedición (“*expeditieovereenkomst*”) no es considerado, acertadamente, como “contrato de transporte de mercancías” en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma, sino que es conectado de conformidad con el art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma¹³³. La tesis contraria ha sido defendida –de forma más bien incidental– por el Arrondissementsrechtbank Rotterdam¹³⁴, que ha justificado la aplicación del

127a En este sentido igualmente Schutz, (Fn. 96), § 407 HGB, Rn. 52, 54.

128 Vischer/ Huber/ Oser, (nota 24), nº marginal 458.

129 Vischer/ Huber/ Oser, (nota 24), nº marginal 454

130 Ley federal sobre el Derecho internacional privado (Bundesgesetz über das internationale Privatrecht) (abreviadamente schweiz. IPRG) de 18.12.1987, publicada en el Boletín Federal suizo (BBl) 1988 I 5; AS 1988 II 1776 y 1831; SR 291.

131 Detalles en Fischer, *TranspR* 1995, 424, 429, con referencias a la bibliografía suiza, así como desde entonces por ejemplo Keller/ Kren Kostkiewicz, in: Girsberger/ Heini/ Keller/Kren Kostkiewicz/ Siehr/ Vischer/ Volken (eds.), *Zürcher Kommentar zum IPRG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987* (2ª ed., Zürich 2004), art. 117 IPRG, nº marginal 114 y s.; Staehelin, in: Honsell/ Vogt/ Wiegand (eds.), *Baseler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I: art. 1 - 529 OR* (3ª ed., Basel 2003), art. 440 OR, nº marginal 12; Amstutz/ Vogt/ Wang, in: Honsell/ Vogt/ Schnyder (eds.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Internationales Privatrecht* (Basel 1996), art. 117 IPRG, nº marginal 39; Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987* (3ª ed., Basel 2001), art. 117 IPRG, nº marginal 27; Vischer/ Huber/ Oser, (nota 24), nº marginal 457; Schwander, *Einführung in das internationale Privatrecht, vol.2: Besonderer Teil* (2ª ed., St. Gallen 1998), nº marginal 520; Bucher/ Bonomi, *Droit international privé* (Basel 2001), nº marginal 977; Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz* (Zürich 2002), pp. 252, 305. Casos de aplicación: BG 21.12.2000, BGE 127 III 123, 125, con observaciones. Schwander, *SZIER* 2002, 385 y s.; Othenin-Girard, *AJP/PJA* 2002, 90 y ss.; BG 30.5.2001, BGE 127 III 365, 369 y s.; BG 6.6.2002, BGE 128 III 390, 392; Zivilgericht Basel-Stadt 30.6.1998, *TranspR* 1999, 405, 406; Bezirksgericht Werdenberg 22.9.1998, *TranspR* 2001, 132, 133; HG Zürich 19.9.1991, *SchwJZ* 1992, 37.

132 Cfr. Staehelin, (nota 131), art. 439 OR, nº marginal 27; Keller/ Kren Kostkiewicz, (nota 131), art. 117 IPRG, nº marginal 113; Amstutz/ Vogt/ Wang, (nota 131), art. 117 IPRG, nº marginal 38; Dutoit, (nota 131), art. 117 IPRG, nº marginal 22; Vischer/ Huber/ Oser, (nota 24), nº marginal 454; Schwander, (nota 131), nº marginal 520.

Derecho de los Países Bajos a un “contrato de expedición” (“*expeditieovereenkomst*”) también con el argumento de que es eso lo que se sigue del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma. Ahora bien, bajo el art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma podría caer un contrato de expedición (“*expeditieovereenkomst*”) en caso de autoentrada del expedidor, es decir, cuando éste ejecuta él mismo el contrato de transporte. En ese caso el “transitario” (“*expediteur*”) asume él mismo la obligación de transportar, de modo que el contrato –sin que sea necesario recurrir al Derecho de los Países Bajos¹³⁵– se debe subsumir en el concepto amplio de “contrato de transporte de mercancías” (“*over-eenkomst tot vervoer van goederen*”) del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma¹³⁶.

29. En Francia las opiniones están divididas en lo que se refiere a la conexión del “*contrat de commission de transport*”. En opinión de Tilche¹³⁷ el “*contrat de commission de transport*” debe recibir el mismo tratamiento que el “*contrat de transport de marchandises*” (contrato de transporte de mercancías). Para él, por esa misma razón se debe hacer la presunción del art. 4 apartado 4 frase 2 del Convenio de Roma y no la del art. 4 apartado 2 de dicho Convenio. Esa tesis no se fundamenta. Remitiéndose al pasaje ya mencionado más arriba¹³⁸ del informe acerca del Convenio de Roma de Giuliano/ Lagarde llega al mismo resultado también Achard¹³⁹. Distinta es la argumentación de Peyrefitte¹⁴⁰. Considera que el tenor literal del art. 4 apartado 4 frase 3 del Convenio de Roma, conforme al cual también son contratos de transporte de mercancías “*d'autres contrats lorsqu'ils ont*

133 Arr.Rb. Rotterdam 2.9.1994, S&S 1995 nº 109 (aplicación anticipada del art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma); Arr.Rb. Rotterdam 30.9.1999, NIPR 2000 nº 28. Así también Vonken, (nota 23), art. 4 del Convenio de Roma, observación 4.4.p.; Boonk, (nota 59), p. 191 nota 33. Con detalle y acertadamente también Arr.Rb. Haarlem 12.3.1996, S&S 1996 nº 98, que rechazó la clasificación bajo el art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma del “contrato de expedición” (“*expeditieovereenkomst*”) suscrito entre las partes argumentando –a mi entender, de forma no convincente– que en las aclaraciones acerca del Convenio de Roma (informe Giuliano/ Lagarde) el “*expediteur*” es mencionado como ejemplo de un expedidor (“*verzender*”) en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma. De ello se sigue, siempre según esa argumentación, que el Convenio de Roma está tan lejos como el Derecho interno de los Países Bajos de considerar el contrato de expedición como un caso particular de contrato de transporte. Ver acerca de la delimitación también Arr.Rb. Arnhem 16.5.2002, NIPR 2003 nº 100. De forma poco clara Pres. Arr. Rb. Breda 20.10.1998, S&S 1999 nº 97, que apoya la aplicación del Derecho de los Países Bajos a un contrato de una sociedad inglesa con una expedición aduanera de los Países Bajos en el art. 4 apartado 1 del Convenio de Roma. Metodológicamente cuestionable es también Arr.Rb. Rotterdam de 17.4.1997, S&S 1998 nº 98, que sometió al Derecho suizo un contrato de expedición concerniente a la organización de un pre-transporte de un transporte de containers por vía marítima no aplicando el art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma, sino, igual que el contrato de transporte marítimo subsiguiente al pre-transporte, con arreglo a una especie de “consideración del aspecto más importante”.

134 28.9.1995, S&S 1996 nº 27. Un caso de aplicación anticipada del Convenio de Roma.

135 Conforme al art. 8: 61 NBW en caso de “autoentrada” el transitario es considerado transportista. A ese respecto con más detenimiento van Beukering-Rosmuller, *De expeditie- overeenkomst* (Arnhem 1992), pp. 77 y ss.; K.F. Haak, *De expediteur: een grens-geval* (Zwolle 1992), pp. 9 y s.; Wulfmeyer, *TranspR* 1993, 405, 413.

136 En la bibliografía de los Países Bajos no se estudia, en lo que a mí se me alcanza, la cuestión de la autoentrada. Vonken, (nota 23), art. 4 del Convenio de Roma, observación 4.4.p.; Boonk, (nota 59), p. 191 nota 33, subsumen el contrato de expedición (“*expeditieovereenkomst*”) de forma global en el art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma.

137 B.T.L. 1991, 347 und 348. También Lamy (ed.), *Transport*, Tome 2: *Commission de transport*, Mer, fer, air, Commerce extérieur (Paris 2002), nº 40 somete sin más el “*contrat de commission de transport*” al art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma; probablemente también St. Schneider/ Laukemann, *TranspR* 1999, 381, 383, quienes sólo mencionan el art. 4 del Convenio de Roma, pero se remiten a Lamy.

138 Nº 9, texto posterior a la nota 60.

139 DMF 1991, 452, 454. En ese mismo sentido Mankowski, (nota 21), p. 48.

140 JCI Int Fasc. 565-B-30 nº 45.

principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises" ("otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías"), "seguramente" comprende también el "contrat de commission de transport". Ese mismo es el parecer de Veaux-Fournerie/ Veaux¹⁴¹, quienes hablan de la "formule très large de la Convention de Rome, dans son article 4-4". Mercadal¹⁴² defiende la posición contraria. En su opinión, el "contrat de commission" está sometido a las reglas generales del Convenio de Roma, dado que no es un "contrat de transport". En cambio cuando el "intermédiaire" actúa en calidad de "transporteur" Mercadal considera que se debe aplicar las disposiciones específicas del Convenio de Roma relativas al contrato de transporte (art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma). También Delebecque¹⁴³ parece conectar el "contrat de commission de transport" con base en el art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma, por cuanto haciendo referencia al art. 4 de dicho Convenio atiende a que el "commissionnaire" tenga que efectuar la prestación característica. La conexión con base en el art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma podría ser acertada, dado que el "commissionnaire de transport" no asume frente a su comitente ninguna obligación de transportar, sino "la maîtrise de l'organisation du transport"¹⁴⁴. Por ello, el "contrat de commission de transport" "no debería ser subsumido bajo el concepto –por ampliamente que se entienda dicho concepto– de "contrat de transport de marchandises" del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma¹⁴⁵. El contrato suscrito con un "transitaire" no es un contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma. El "transitaire" no asume obligación alguna de transportar mercancías¹⁴⁶.

30. El contrato suscrito por el cliente con el "commissionnaire-expéditeur" / "commissionnaire-expéditeur" del Derecho belga no es un contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma, dado que el "commissionnaire-expéditeur" no efectúa el transporte, sino que únicamente se compromete a gestionar transportes por cuenta ajena¹⁴⁷. Distinto sería el caso en un contrato con un "commissionnaire de transport" / "commissionnaire-vervoerder". El "commissionnaire de transport" asume una obligación de transportar, pero no la cumple él

141 JCl Comm Fasc. 810 nº 12.

142 Droit des affaires 1995-1996 (4ª ed., Levallois 1995), nº marginal 7602. Mercadal, Droit des transports terrestres et aériens (Paris 1996), nº marginal 22, estudia sólo la conexión en el Derecho anterior, y ni siquiera menciona el Convenio de Roma.

143 Rev.int.dr.comp. 1998, 527, 531.

144 Ver por ejemplo Mercadal, (nota 142), nº marginal 13 ("le commissionnaire est un intermédiaire intervenant entre l'expéditeur et les transporteurs, il organise le transport de bout en bout par les voies et les moyens qu'il choisit et, c'est un professionnel qui traite en son nom personnel"). Cfr. también Lamy, (nota 137), nº 2 y ss., con amplias referencias a la jurisprudencia; St. Schneider/ Laukemann, TranspR 1999, 381 y ss., allí pp. 388 y s. también sobre la delimitación respecto del "transitaire".

145 Igualmente con detalle Gass, (nota 71), § 453 HGB, nº marginal 144, observación preliminar al § 407 HGB, nº marginal 183 y s.

146 A cerca de su situación jurídica ver por ejemplo Lamy, (nota 137), nº 10 y 168 y ss., con referencias; Mercadal, (nota 142), nº 18; St. Schneider/ Laukemann, TranspR 1999, 381, 388 y s.

147 Ver acerca de la situación jurídica del "commissionnaire-expéditeur" del Derecho belga Putzeys, Droit des transports et droit maritime (Brüssel 1993), nº 75; Putzeys, (nota 10), nº 81 y ss.; Block, in: Jassogne (ed.), Traité pratique de droit commercial, Tome 2 (Brüssel 1992), nº 1170. Cfr. también Basedow, (nota 3), pp. 49 y s.

mismo, sino que para el cumplimiento de esa obligación se vale de otro transportista¹⁴⁸. Dado que el “commissionaire de transport” ha asumido contractualmente frente a su cliente una obligación de transportar, procede considerar ese contrato como “contrat de transport de marchandises” en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma¹⁴⁹.

31. También en el Derecho italiano se distingue entre contrato de transporte y “contratto di spedizione”. Es transportista quien se ha obligado a realizar el transporte, total o parcialmente, con medios de transporte propios o ajenos. Quien realiza el transporte es así pues transportista (“vettore”) en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma. En cambio, el “spedizioniere” ha asumido la obligación de suscribir en su propio nombre pero por cuenta del comitente un contrato de transporte y de realizar las actividades complementarias¹⁵⁰. Este puro contrato de expedición se debe conectar con arreglo art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma. Si el “spedizioniere” cumple su cometido mediante autoentrada (“entrata nel contratto”), tiene los mismos derechos y deberes que un transportista (cfr. 1741 c.c.)¹⁵¹. En ese caso, el contrato queda sometido, en aplicación de los criterios autónomos expuestos más arriba, al art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma. De hecho, el OLG München¹⁵², interpretando autónomamente, ha sometido a un “transitario a coste fijo” italiano al CMR y el art. 28 apartado 4 EGBGB.

32. En Inglaterra el “contract of forwarding” no está considerado como “contract for the carriage of goods” en el sentido del art. 4 apartado 4¹⁵³, dado que el objeto del “forwarding contract” no es el transporte, sino únicamente el “arrangement of carriage”^{154, 155}.

148 Cfr. solamente Putzeys, (nota 10), nº 74 y ss.; Putzeys, (nota 147), nº 73; Block, (nota 147), nº 1168, con más referencias. En el Derecho belga hay que partir de una equiparación del “commissionaire de transport” y del transportista. Ver también Basedow, (nota 10), art. 1 CMR, nº marginal 6 nota 30. Así lo dice expresamente la loi du 3 mai 1999 relative au transport de choses par route, M.B. de 30.6.1999, pp. 24507 y ss., con la que se declaró aplicable en Bélgica el CMR a los transportes de mercancías por carretera intraestatales, en su art. 38 § 5: “Pour l’application du présent titre, le commissionaire de transport est assimilé à un transporteur en ce qui concerne ses obligations et ses responsabilités contractuelles”.

149 Así con detalle también Tilche, B.T.L. 1991, 347, 348, pero sin distinguir los diferentes tipos de “commissionaires”.

150 Cfr. entre otras las referencias que ofrece Gröhe, Kabotage im Güterkraftverkehr in Italien (Neuwied 1996), pp. 76 y s.; Kindler, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Heidelberg 2002), § 5, nº marginal 162; Pesce, in: Herber/ Piper, CMR: Inter-nationales Straßen-transportrecht. Kommentar mit Anhang Innerstaatliches Straßen-transportrecht europäischer Staaten (München 1996), pp. 617, 632.

151 Ver por ejemplo Zaccaria, in: Cian/ Trabucchi, Commentario breve al codice civile (7ª ed., Padua 2004), art. 1741 c.c., observación 1; Kindler, (nota 150), § 5, nº marginal 165; Pesce, (nota 150), pp. 617, 633 y s. Kaiser/ Gröhe, RIW 1997, 513, comparan la norma del 1741 c.c. con la autoentrada del transitario conforme al § 412 HGB en su redacción antigua.

152 23.7.1996, TranspR 1997, 33, 34.

153 Así también Cooke/ Young/ Taylor/ Kimbal/ Martowski/ Lambert, (nota 59), nº 1.44.

154 La expresión está tomada de Clarke, Int.Encycl.Comp.L. III/26-13. Según Clarke no estamos ante un “forwarding contract” cuando el empresario promete el transporte de la mercancía.

155 Con detalle también Cooke/ Young/ Taylor/ Kimbal/ Martowski/ Lambert, (nota 59), nº 1.44. Probablemente también Clarke, Int.Encycl. Comp.L. III/26-13. Correctamente en ese sentido también Gass, (nota 71), observación preliminar al § 407 HGB, nº marginal 183 y s.

33. En Suecia el contrato entre un transitario (“speditör”) y su comitente (conforme al art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma) está dominado por la ley del transitario¹⁵⁶. Al parecer en ese país se considera evidente que el puro contrato de expedición no es un contrato de transporte de mercancías en el sentido del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma.

34. Una mirada al futuro. En el vivo debate acerca del “Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario, así como sobre su modernización”¹⁵⁷ se ha propuesto que la presunción específica del art. 4 apartado 4 del Convenio de Roma, con su complicada conexión combinada y que desde el punto de vista jurídico-político siempre ha estado controvertida¹⁵⁸, sea eliminada de un futuro instrumento comunitario¹⁵⁹. En ese caso, los contratos de transporte de mercancías caerían bajo la regulación general –que probablemente equivaldría en buena medida al art. 4 apartado 2 del Convenio de Roma– de un futuro Reglamento comunitario “Roma I”. El tratamiento especial que reciben los transportistas en las normas de conflicto de leyes habría llegado entonces a su fin. Desde el punto de vista de esas normas se los equipararía a los puros transitarios y a otras personas que desempeñan una actividad comercial¹⁶⁰. En ese caso, los contratos de transporte de mercancías y todos los contratos de expedición se conectarían uniformemente con arreglo al principio de la prestación característica. Ahora bien, habrá que esperar a ver si realmente es eso lo que llega a suceder.

Traducido por José Mardomingo

156 Pålsson, (nota 24), p. 58.

157 COM (2002) 654 definitivamente.

158 A ese respecto detenidamente Mankowski, *TranspR* 1993, 213, 220 y ss.; Mankowski, (nota 21), pp. 8 y ss., con más referencias. Ver también Magnus/ Mankowski, *ZVglRWiss* 103 (2004) 131, 162 y s.; Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, *RabelsZ* 68 (2004) 1, 44 y s.

159 Ver por ejemplo la propuesta del Groupe Européenne de Droit International Privé (GEDIP), Second consolidated version of a Proposal to amend article 1, 3, 4, 5 and 7 and 9 of the Rome Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligations, and article 15 of Regulation 44/2001/EC (Brussels I) – (September 2002), disponible en <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-16pe.html>, especialmente el Article 4; Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, *RabelsZ* 68 (2004) 1, 44 y s. y la propuesta que allí se hace de un futuro art. 4 del Reglamento Roma I (pp. 102 y s.); Magnus/ Mankowski, *ZVglRWiss* 103 (2004) 131, 162 y s.; Martiny, in: Leible (ed.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht* (München 2004) pp. 109, 117.

160 Acertadamente Martiny, (nota 159), pp. 109, 117.

RÉGIMEN JURÍDICO Y RESPONSABILIDAD DEL TRANSITARIO. UN POSIBLE NUEVO ENFOQUE DE LA PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA¹

Por

Manuel M. VICENS MATAS

Abogado, Secretario y Asesor Jurídico de la Federación Española de Transitarios (FETEIA) (Barcelona)

1. Introducción

Para la más adecuada comprensión del “régimen jurídico y la responsabilidad del transitario”, es de todo punto conveniente comenzar dando una idea o noción de lo que es un transitario.

Hasta fechas relativamente recientes los intercambios internacionales de mercancías habían venido estando estrechamente ligados a los tradicionales modos de transporte empleados para llevarlos a cabo (terrestres, marítimo y aéreo), pese a los múltiples esfuerzos realizados desde tiempos inmemoriales al objeto de encontrar un tipo de transporte universal, es decir, capaz de superar todos los obstáculos y accidentes naturales.

Esta situación, fruto, en sus inicios, de la libre elección de los interesados, y más adelante de la necesidad de apurar al máximo las posibilidades de cada modalidad de transporte, llegó a crear, como es lógico, una mentalidad y una forma de actuar sumamente tributaria de los distintos modos y sistemas de transporte; mentalidad que todavía subsiste en muchos casos debido a que a las empresas porteadoras se les hace muy difícil y costoso implantar una estrategia de servicio que vaya mucho más allá del modo de transporte en torno a la cual gira su negocio.

Este panorama, sin embargo, comenzó a cambiar a finales de la década de los años veinte cuando, por obra de los primeros transitarios, empezaron a hacerse las primeras ofertas de servicios internacionales realmente combinados y a escala mundial; es decir de servicios por medio de los cuales se trataba de superar las limitaciones inherentes a los diferentes

¹ Conocí a Francisco Miguel Sánchez Gamborino, “Paco”, como coloquial mente le llamábamos quienes nos honrábamos con su amistad, a principios de 1970 en Helsinki, en un congreso de la FIATA. En seguida comprendí, pese mi juventud, que estaba en presencia de un hombre bueno, inteligente y muy preparado en el campo del Derecho del transporte, por cierto muy poco practicado por los juristas de aquel entonces. Más adelante, ya me di cuenta de que “Paco” era un auténtico maestro en la materia, cuyo sabios consejos, tanto a nivel particular como vertidos en sus innumerables artículos y publicaciones, no podían dejar de tenerse en cuenta. Pero lo más importante para mí fue gozar siempre de su amistad, manifestada en cuantas ocasiones hubo lugar a ello, y que continúo manteniendo con su hijo, Francisco José, digno continuador de la saga “Sánchez-Gamborino”, de tanto prestigio entre quienes ejercemos la abogacía en el mundo de los transportes. Por esto constituye un motivo de orgullo que se me haya brindado la posibilidad de colaborar en este libro-homenaje a una persona tan querida en lo personal y en lo profesional.

modos de transporte y de acometer demandas de más amplio alcance a través de países y continentes.

A partir de ese momento, pues, es cuando empieza a notarse en el campo de los transportes internacionales la existencia de una función organizadora y coordinadora diferente del transporte propiamente dicho, que es precisamente la que realizan los transitarios y la que va a propiciar el considerable desarrollo que han tenido esta clase de transportes y especialmente el multimodal, o sea el que tiene lugar empleando sucesivamente varios modos de transporte diferentes.

Pero si el multimodalismo basta para satisfacer determinadas demandas de transporte, resulta corto desde el instante en que del transporte puerta a puerta se pasa a otras demandas menos clásicas pero mucho más logísticas y sofisticadas, propias de una economía globalizada, para las que el transporte deja de ser el núcleo sustancial convirtiéndose en una secuencia o movimiento de un conjunto de actuaciones mucho más amplio que puede ir desde el aprovisionamiento para la producción hasta la distribución física de lo producido a los consumidores finales.

Pues bien, también desde estas nuevas perspectivas que ofrece el comercio mundial, los transitarios, tanto por sus conocimientos acerca de cómo coordinar con eficacia y seguridad las diversas operaciones inherentes al tráfico internacional de mercancías, como por gozar de una especial preparación técnica para solventar los a veces complejos problemas que plantea la distribución física de las mercancías y su paso a través de territorios con sistemas jurídicos, comerciales y fiscales muchas veces diferentes, cuando no contrapuestos, son los que están en mejores condiciones para asumir la organización y coordinación de esta clase de operaciones.

No obstante, hay que advertir que esa función organizadora y coordinadora de los transportes internacionales que caracteriza a los transitarios ha quedado un tanto desdibujada en los transportes intracomunitarios, sobre todo los que tienen lugar por carretera, debido a la supresión de las fronteras entre los Estados miembros de la UE. En estos casos el transitario más que como organizador y coordinador del transporte suele actuar como operador de transporte explotando líneas o servicios regulares de forma análoga a como lo han venido efectuando desde hace años, aunque a escala nacional, las agencias de transporte.

Teniendo en cuenta lo anterior podríamos conceptuar al transitario como aquel empresario que, por cuenta de terceros y mediante retribución económica, se dedica habitualmente a proyectar, coordinar, controlar y dirigir, es decir a organizar todas las operaciones necesarias para la realización de transportes internacionales de mercancías y demás servicios complementarios, tales como recogida y entrega, almacenaje, seguros, distribución, aduanas y cualesquiera otros similares^{2, 3}.

2. Proyección jurídico privada de la actividad transitaria: El contrato de expedición.

En el plano jurídico privado, la figura del transitario se caracteriza por haber dado vida en el tráfico mercantil a un tipo contractual atípico que se podría denominar contrato de expedición, en el que el expedidor, además de contratar el transporte como una obligación derivada o accesorio de su cometido principal, lo organiza en toda su extensión⁴.

El contrato de expedición se diferencia del de transporte en que su finalidad inmediata no es, como ocurre en el transporte, el desplazamiento de mercancías o cosas de un lugar a otro, sino la organización del transporte; y de la comisión mercantil --comisión de expedición y comisión de transporte-- cuya regulación efectúan los arts. 274, 275, 378 y 379 del Código de comercio, en que los comisionistas realizan un trabajo o labor de sustitución que sus comitentes podrían llevar a cabo por sí, pero que no realizan por dificultades de tiempo o lugar, mientras que los transitarios desarrollan una actividad de carácter marcadamente técnico o profesional que sus clientes, en condiciones normales, no serían capaces de efectuar.

Al tratarse el contrato de expedición de un contrato atípico carente de regulación, ha sido frecuente inducir su disciplina jurídica por vía de remisión, o sea extrayendo la normación del grupo o familia de contratos típicos más afines, como son en este caso el transporte y la comisión.

No obstante, como los contratos atípicos no constituyen un mero conglomerado de elementos singulares, sino la síntesis de todos ellos orgá-

2 El CLECAT (European Organisation for Forwarding and Logistics), con la aceptación de la FIATA (International Federation of Freight Forwarders Associations), describe los servicios que presta el transitario de la siguiente manera:

"Freight Forwarding Services" means services of any kind relating to the carriage (performed by single mode or multimodal transport means), consolidation, storage, handling, packing or distribution of the Goods as well as ancillary and advisory services in connection therewith, including but not limited to customs and fiscal matters, declaring the Goods for official purposes, procuring insurance to the Goods and collecting or procuring payment or documents relating to the Goods. Freight Forwarding Services also include logistical services with modern information and communication technology in connection with the carriage, handling or storage of the Goods, and de facto total supply chain management".

3 Así definen también al transitario, desde hace años, los Estatutos y la documentación relativa al mismo de la Federación Española de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados (FETEIA).

4 Uno de los primeros autores que se ocupó en España del contrato de expedición fue probablemente PASCUAL ARRANZ, C., Revista Jurídica de Cataluña, nº 1, correspondiente al año 1958, págs. 499 a 509. Años más tarde, también de FETEIA, en un opúsculo redactado en 1983 por el autor de este trabajo titulado "El Transitario- Expedidor Internacional. Condiciones Generales de Expedición", abogó para calificar como contrato de expedición el que liga a los transitarios con sus clientes. Posteriormente, se han referido al contrato de expedición, entre otros, VALPUESTA GASTAMINZA, Cuadernos de Derecho de Comercio nº 9, del año 1991, págs. 91 y siguientes; PILOÑETA ALONSO, LM., Revista de Derecho Mercantil nº 239, del año 2001, págs. 137 a 169; SÁNCHEZ ORTIZ F J., Revista General del Derecho nº 504, del año 1986, pág. 3830; y TOBIO RIVAS, Ana M^a, " El Régimen Jurídico Privado del Transitario en el Derecho del Transporte", año 2003, págs. 214 y siguientes.

nicamente predispuesta, su régimen jurídico viene caracterizado por las siguientes notas de acuerdo con la doctrina más autorizada⁵:

i) La primera regla aplicable a los mismos ha de ser la “lex contractus” determinada por las partes a través de las cláusulas contractuales, en marco de la libertad de pactos que consagra el art. 1.255 del Código civil.

ii) La aplicación de las normas de los contratos típicos más próximos o afines habrá de ser debidamente ponderada al objeto de no someter el contrato atípico a una regulación inadecuada que responda a finalidades o intereses no conectados con la ordenación de los intereses en juego.

Aplicando estos mecanismos integradores al contrato de expedición, se pueden extraer las siguientes consecuencias:

i) La autorregulación de intereses libremente escogida por las partes, naturalmente dentro de los parámetros del art. 1.255 del Código civil⁶, obligará en primer lugar a la interpretación del contrato, es decir a discernir el contenido volitivo de las expresiones utilizadas por los contratantes.

ii) Del contrato de transporte no parecen aplicables, salvo pacto expreso en contrario, los preceptos que regulan su ejecución material --el acto material de transportar--, así como aquellos que presuponen la posesión o tenencia de las mercancías u objetos transportados, como son por ejemplo los relativos a la guarda y custodia de los efectos recibidos para el transporte, toda vez que, en principio, ni antes, ni durante, ni después del transporte el transitario suele estar en contacto físico con las mercancías.

ii) En cuanto a la comisión mercantil conviene hacer las siguientes precisiones: Pueden ser aplicables a las prestaciones de los transitarios que guarden similitud y cumplan un papel parecido a las de intermediación propias de los mandatarios mercantiles --por ejemplo, la de contratar el transporte o el seguro de las mercancías--, las disposiciones de los arts. 274 y 275 del Código de comercio, así como sus homólogos del mandato civil, ya que tales preceptos, aparte de ser aplicables a toda clase de transportes --el propio art. 275 considera aplicables al comisionista encargado de una remisión de efectos las obligaciones “que se imponen al cargador en las conducciones terrestres y marítimas”--, dan cabida lo mismo al comisionista profesional que al comerciante de otro ramo que, esporádicamente, realiza este tipo de actividades, dada la amplitud funcional con que el art. 244 del Código de comercio concibe el contrato de comisión mercantil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido en algunas ocasiones, especialmente en relación al transporte marítimo, a la posibi-

5 LACRUZ BERDEJO, J.C. y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Elementos de Derecho Civil”, Derecho de Obligaciones”, Vol II, Teoría General del Contrato, Segunda Edición, Editorial Bosch, Barcelona 1987, pág. 251.

6 JORDANO BAREA, “Los contratos atípicos”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1953, II, pág. 51, y “Contratos mixtos y unión de contratos”, en Anuario de Derecho Civil, págs. 321 y ss.

lidad de intervención de un comisionista, sujeto a los dictados de los arts. 274 y 275 del Código de comercio, que como simple mandatario mercantil y por lo que hace al transporte, se encargue de buscar porteadores y concertar con ellos el traslado de las mercancías, sin mayor vinculación obligacional (sentencias de 14 de octubre de 1.985 y de 22 de mayo de 1.987); diferenciando este supuesto del comisionista de transportes del art. 379 del mencionado Código que contempla una modalidad especial de mediación en el transporte terrestre en el que el intermediario prácticamente asume el estatuto jurídico del porteador, aún sin serlo en realidad.

Sobre la aplicación a los transitarios del art. 379 del Código de comercio, que según acabamos de ver equipara al porteador así en sus derechos como en sus responsabilidades a quienes “aún cuando no hicieren por sí mismos el transporte de los efectos de comercio, contrataren hacerlo por medio de otros, ya sea como asistentas de una operación particular y determinada, o ya como comisionistas de transportes y conducciones”, habrá que hacer las siguientes observaciones:

i) Se trata de un precepto dispuesto para el ramo terrestre, como así lo acredita su ubicación sistemática entre los artículos que el Código de comercio dedica al transporte terrestre, por lo que resulta difícilmente extrapolable a otros modos de transporte, como el marítimo, en el que, por ejemplo, la subrogación en el lugar de los mismos porteadores en cuanto a sus derechos no puede tener lugar con la amplitud y extensión queridas por el precepto ya que, pongamos por caso, el comisionista no podrá exonerarse de responsabilidad abandonando el buque, como puede hacerlo el naviero propietario (art. 587 del Código de comercio), por la sencilla razón de que no le pertenece.

ii) La asimilación que propicia el precepto entre el comisionista y el porteador --no se olvide que el comisionista de transportes del art. 379 del Código de comercio está más próximo al porteador o transportista que al auténtico comisionista--, no se compadece con el carácter de organizadores de los transportes que tienen los transitarios, cuando actúan como tales y no como operadores de transporte, toda vez que, como antes ya hemos destacado, a las empresas de transporte, incluidas aquellas que no realizan el transporte con sus propios medios, les resulta anómalo diseñar una estrategia de servicio ajena a la clase o modo de transporte que constituye el núcleo de su actividad, cosa que no ocurre con los transitarios que, por definición, son neutrales respecto a los distintos modos del transporte y a los concretos porteadores materiales. Por ello, la aplicación a los transitarios de una normativa más propia del transporte que de la organización del transporte, como es la del art. 379 del Código de comercio, no sólo podría restar eficacia a su actuación, sino que a la poste acabaría por desfigurar su fisonomía y disolver sus verdaderos signos de identidad.

Este efecto negativo, desgraciadamente, es el que ha venido a producir sobre la actividad transitaria la Ley 16/1.987, de 30 de julio,

de Ordenación de los Transportes Terrestres, en adelante LOTT, (art. 126) y su Reglamento aprobado por el Real Decreto 1.211/1.990, de 29 de septiembre, en lo sucesivo ROTT, pues tales disposiciones, pese a aludir a los transitarios como organizadores de los transportes internacionales, en realidad acaban refiriéndose a los transitarios como operadores de transporte, al establecer que ocuparán frente al cargador efectivo la posición de transportistas y frente a los transportistas la de cargador efectivo y obligarles, en consecuencia, a contratar en nombre propio al igual que las agencias de transporte. Lo que por otra parte es explicable si se tiene en cuenta que la LOTT y el ROTT constituyen una regulación especial de Derecho público relativa a los transportes terrestres por carretera y por ferrocarril en los que los transitarios suelen actuar, por lo general, como operadores o ejecutores del transporte, con medios propios o ajenos, y no como organizadores, tal como más atrás ya hemos resaltado. Nótese, además, por ser muy ilustrativo de cuanto decimos, que las disposiciones dictadas con posterioridad al ROTT --entre ellas la adicional undécima del Real Decreto 1.136/1.997, de 11 de julio y la Orden de 23 de julio del propio año-- unifican a efectos administrativos las autorizaciones de agencia de transporte, transitario y almacenista distribuidor en una sola denominada de "operador de transporte".

iii) En cualquier caso, no cabría olvidar que cierto sector doctrinal entiende que el comisionista de transportes del art. 379 del Código de comercio no puede ser interpretado como se ha venido sosteniendo desde que GARRIGUES lo afirmó por primera vez en la doctrina española siguiendo precedentes del Derecho italiano, en el sentido de que viene sujeto a una cláusula de garantía tácita e inderogable sobre el resultado del transporte contratado y ejecutado con medios ajenos⁷, sino que puede no asumir por medio de una estipulación expresa el resultado y las incidencias del transporte, si bien en el caso de que no lo haga continuará en vigor la comisión de garantía y responderá como si se tratase de un porteador⁸. Esa posibilidad de derogación nace del hecho de que así como la responsabilidad del porteador real o efectivo es inderogable por formar parte de la estructura del negocio, la del comisionista de transporte no tiene por qué serlo en aras a mantener una mínima diferenciación entre dos figuras que el Código contempla como diferentes, la del transportista y la del comisionista de transportes.

7 GARRIGUES, J. "Curso de Derecho Mercantil, tomo II, 7ª edición, págs. 210 y 211, Madrid 1980.

8 Así lo entienden también SÁNCHEZ CALERO, F. "Instituciones de Derecho Mercantil", tomo II, pág. 164, Madrid 2004; y RECALDE CASTELLS, A., "El Conocimiento de Embarque y otros documentos de Transporte", págs 369 y 370, Madrid 1992 al decir que "... el comisionista de transporte que contrata por cuenta ajena puede no asumir la obligación de correcta ejecución del transporte. No obstante, si no hace ninguna indicación expresa en otro sentido la obligación asumida será la típica de una comisión de garantía y responderá como un porteador. En este en ese sentido resulta imprescindible interpretar la voluntad de las partes en cada contrato para determinar cuando nos encontramos ante uno u otro supuesto".

3. La responsabilidad del transitario.

A la luz de cuanto ha quedado expuesto en los apartados precedentes podemos afirmar que, en principio, de acuerdo con los arts. 274 y 275 del Código de comercio relativos a la que, siguiendo a cierto sector doctrinal⁹, cabría denominar comisión de expedición, frente a la comisión de transporte del art. 379 de dicho Código, el transitario no tendría que responder, salvo pacto en contrario, del resultado de los contratos que celebre por cuenta de su comitente, sino exclusivamente de la buena o mala elección de los porteadores escogidos para la realización efectiva del transporte y la prestación de cualquier otra clase de servicios ligados a la expedición de las mercancías (carga, descarga, aduanas, etc.), así como de las instrucciones cursadas al efecto. Asimismo, también tendría que responder, como es obvio, del cumplimiento de las prestaciones que se hubiese comprometido a efectuar con sus propios medios o a través de su propia organización.

En cambio, tratándose de transportes por vías terrestres (carretera y/o ferrocarril), la aplicación del art. 379 del mencionado Código determinará que el transitario deba asumir frente a su cliente la responsabilidad propia del porteador, si bien dicha responsabilidad, de acuerdo con la opinión antes expuesta, podría quedar exonerada o limitada por pacto expreso.

A los transitarios que actúen o intervengan en el ámbito de los transportes marítimos, a menos que se hubiera convenido expresamente lo contrario, les podría ser de aplicación el sistema de responsabilidad previsto para la que hemos llamado comisión de expedición, limitada a gestionar la expedición de los envíos, pero sin tener que responder de la actuación de las personas que se contraten para su ejecución, salvo que se incurra en "culpa in eligendo".

Con todo, en el supuesto de que se entendiera que los transitarios marítimos han de responder como comisionistas del artículo 379 del Código de comercio, su responsabilidad quedaría limitada, al igual que la de los transportistas, en los términos y condiciones determinadas por los convenios internacionales y leyes nacionales que fueren de aplicación¹⁰.

9 PILOÑETA ALONSO, LM., "Las Agencias de Transporte de Mercancías", págs. 119 y 22. Editorial Bosch, Barcelona 1992.

10 Los Convenios internacionales de aplicación al caso son: El Convenio de Bruselas, de 25 de agosto de 1.924, modificado por los Protocolos de Wisby y de Bruselas de 23 de febrero de 1.968 y 21 de diciembre de 1.979, ratificados mediante Instrumento de 6 de noviembre de 1.981, que fija el límite de responsabilidad en 666,67 unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga transportada, o dos unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto si esta última cantidad fuera mayor; y el Convenio de las Naciones Unidas de 13 de marzo de 1.978, conocido también con el nombre de Reglas de Hamburgo, que lo fija en 835 o 2,5 unidades de cuenta, respectivamente, para los mismos supuestos que el Convenio de Bruselas. La unidad de cuenta es el derecho especial de giro del Fondo Monetario Internacional.

4. La incidencia de la LOTT y el ROTT en el tema.

No obstante lo anterior, y como más atrás ya hemos señalado, los preceptos de la LOTT y el ROTT habían venido suponiendo hasta fechas bien recientes un serio obstáculo para la efectividad y aplicación del régimen de responsabilidad a que nos acabamos de referir para los transitarios en general, incluidos aquellos que se dediquen a mediar o intervenir en los transportes marítimos, ya que tanto la LOTT como el ROTT, pese a tratarse de normas dictadas en relación a los transportes terrestres, cuando hablan de los transitarios se refieren a todos los modos de transporte al especificar que “tendrán libertad para escoger la vía, modo y clase de transporte que estimen conveniente cuando no estuvieran expresamente pactados” (art. 170.1.a) del ROTT).

Llegándose también, aunque indirectamente, a la misma conclusión a través de la lectura sistemática del citado precepto del ROTT toda vez que, entre otras cuestiones, en la relativa a la libertad para escoger entre las diferentes vías, modos o clases de transporte, establece que serán de aplicación a los transitarios las mismas reglas establecidas para las agencias de transporte, entre las que destaca la que dispone que: “las agencias de transporte de mercancías podrán realizar sus funciones interviniendo en la contratación de toda clase de servicios de transporte por carretera, tanto internos como internacionales, pudiendo, asimismo, llevar a cabo su intervención en relación con los transportes realizados en modos distintos a la carretera, respetando las normas específicas que regulen éstos”.

Y, claro está, al imponer, como ya se ha visto, la LOTT y el ROTT a los transitarios la obligación de contratar en nombre propio, tanto con los transportistas como con los cargadores, asumiendo frente a los cargadores la posición de transportistas y frente a éstos la de cargadores, en términos muy parecidos a como el Código de comercio describe los efectos de la comisión de transportes que regula en su art. 379, la posibilidad de zafarse del férreo sistema de responsabilidad que se deduce de todo ese entramado legal y reglamentario se presenta extraordinariamente difícil, pese a que desde una vertiente puramente mercantil, es decir prescindiendo de lo dispuesto en la LOTT y el ROTT, aparece como factible, tal como antes ya se ha expuesto, un régimen menos riguroso de responsabilidad para los transitarios.

No obstante, la Ley 29/2003, de 8 de octubre, de mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, que modifica la LOTT, ha venido en cierto modo a solventar parcialmente la cuestión en la medida en que ha suprimido para los transitarios la obligación de contratar en nombre propio --que es uno de los pilares en que se asienta la exigencia de responsabilidad por el resultado del transporte, según ya se ha dicho-- cuando se trate de transportes marítimos o aéreos, al considerar únicamente como conducta sancionable contratar en nombre y por cuenta de los clientes en el ámbito de los transportes terrestres (artículo 140.18.1 de la LOTT, en la nueva redacción dada por la Ley 29/2003).

EL TRANSITARIO, MOTOR DE LA LOGÍSTICA EN EL TRANSPORTE

Por

Wilhelm ZEILBECK

*Director General (ex) de la
Federación Internacional de Transitarios
(FIATA, Zurich)*

1. Desarrollo histórico de la profesión de transitario

Tras sus conquistas en Europa, los romanos continuaron la tradición griega de establecer un gran mercado regional (“emporion”) junto a los principales cruces de caminos; llamaron a tal forma de mercado “forum”. Así ocurrió también tras la conquista de la Galia y la fundación en el año 43 a.C. de Lyon (“Lugdunum”), donde se estableció un inmenso mercado público.

Según sabemos, en aquella época se encontraban en Lyon –más tarde capital de la Galia- una clase de negociantes que, bajo el nombre de “transitarius”, organizaban transportes de mercancías a largas distancias, tanto por vías navegables como por carretera. De este comerciante “transitarius” nació el “transitario”, tal como es conocido hoy día en varias lenguas: español, francés, portugués.

Pero la separación efectiva del transporte de la mercancía por su propietario, a su transporte por una tercera persona, comienza sólo al tiempo de la instauración de ferias comerciales, bajo los reyes francos.

La primera feria comercial –la feria de Saint Denis (cerca de París)- fue establecida en el año 629 por el rey Dagoberto I. A los pocos años contaba ya con 700 expositores.

El Ministro de Finanzas, que inteligentemente secundaba a dicho rey Dagoberto, era entonces el tesorero Eligio, que fue además obispo de Noyon/Oise en 641. La ciudad de Noyon, a la sazón en el centro del reino de los francos, fue en el año 768 en la primera residencia de Carlomagno. Como obispo, Eligio promovió con gran sabiduría el desarrollo del transporte de mercancías. Canonizado más tarde, se convirtió en San Eligio, santo patrón de los transportistas, así como de los transitarios.

Al comienzo, los comerciantes que viajaban a las ferias, adonde acudían con sus animales de carga y sus carros, aceptaban transportar mediante una remuneración también las mercancías de sus colegas. Más tarde las ferias se establecieron en fechas fijas, en Primavera y en Otoño, y podían durar hasta 46 días (ferias de Champagne). Al término de esas ferias interregionales y tras el regreso de los visitantes, aún quedaban mercancías no vendidas en los mostradores.

A fin de poderse ocupar de tales mercancías, de embalarlas, pesarlas, despacharlas de aduana y organizar su retorno, o reexpedirlas a otra plaza comercial, se necesitaba un intermediario neutral, conocedor de las rutas, las lenguas, los diferentes pesos y medidas, y sobre todo los contravalores de la gran diversidad de monedas en uso. Así se desarrolló poco a poco la profesión de transitario independiente, el cual con todo hasta el final de la Edad Media se ocupó casi exclusivamente de los transportes con origen o destino a ferias comerciales, asumiendo ocasionalmente el papel de banquero para la transferencia de fondos.

Sólo tras el descubrimiento de América (1492), la expansión de la industria textil y una creciente actividad de exportación e importación, comenzó el transitario en mayor medida a organizar el transporte de toda clase de mercancías desde y hasta puertos marítimos.

Cargando conjuntamente las mercancías de varios remitentes que iban a un mismo lugar de destino, desarrolló los servicios de grupaje (que ha permanecido hasta nuestros días como imagen de marca o actividad más característica del transitario).

En cuanto a la palabra “logística”, derivada del griego “logos”, fue utilizada por primera vez en la historia del transporte escrita por el rey bizantino Leontos VI (886-911). Con ese término designaba el avituallamiento de sus tropas. Así, el número de animales que acompañaban al ejército para proveerle de alimento era estudiada anticipadamente y las rutas fijadas de manera que el ganado encontrara siempre pastos suficientes, como los soldados hospedaje adecuado.

Pasó lo mismo cuando Gengis Khan en torno al año 1200 conquistó Eurasia con su ejército mongol. El caballo era una necesidad militar, tanto para montura como para alimento con su carne. En sus campañas forzadas y durante largos años, cada jinete dispuso de hasta 18 caballos. Cada diez días, el jinete abría a su caballo una arteria del cuello para beber su sangre. Cuando no se encontraba forraje y el animal perdía sus fuerzas, se le mataba y se comía su carne.

Durante miles de años el caballo fue indispensable para los transportes terrestres. Hasta el punto que en el año 732 el papa Gregorio III prohibió a toda la cristiandad comer carne de caballo para no poner en peligro la logística de los transportes. El caballo estaba al servicio de la locomoción en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Por ejemplo, a mediados del siglo XIX había piezas de artillería que podían ser transportadas a través de las montañas por dos caballos (cañón de 100 kilos, cureña de 114 kilos).

En cualquier caso, fueron los eventos bélicos los que pusieron continuamente a los organizadores de los transportes no-militares a duras pruebas en materia logística. Un ejemplo de ello fue la guerra de los treinta años (1618-1648). La mayor parte de las rutas de tránsito en el conti-

nente eran infranqueables a causa de la destrucción de puentes y barcas para transportar vehículos (antecedentes de los “ferries”). Además, no se podían transportar todas las mercancías. Entre otros, existía un embargo para el transporte de maderas a los Países Bajos, pues podía ser utilizada para la construcción de buques de guerra. Así, los países ribereños del Rin no podrían suministrar la madera que sus bateleros conducían en grandes balsas río abajo. La situación era prácticamente la misma que hoy en día en lo que concierne al suministro de material bélico a un país sometido a embargo.

Más tarde, el bloqueo continental de Napoleón (1806-1813) forzó la imaginación de los transitarios. En aquella época, Europa estaba formada por más de cien estados y territorios, en su mayor parte de pequeña extensión, incluso minúsculos. Ello obligaba, por tanto, a conocer para cada transporte cuáles eran exactamente los países cuyas vías de tránsito permanecían abiertas y cuáles los que las tenían cerradas. Por ejemplo, el transporte de una gran máquina de vapor de Inglaterra a Polonia, vía puerto de Génova, viajando después por los pasos de los Alpes suizos y el río Danubio, duraba casi un año y medio.

La guerra de secesión americana (1861-1865) exigió igualmente soluciones de transporte no convencionales. Pese al embargo, y la presencia de filibusteros en la costa oriental, y vistos los imponderables militares, hubo que esforzarse para mantener –incluso a un nivel más reducido– los intercambios comerciales con los Estados Unidos, sea llevando las mercancías por Méjico o por las Islas del Caribe.

Particularmente en el siglo XX, la logística del transitario siguió los pasos de la logística militar de los países en guerra. Incluso bajo condiciones difíciles, hubo que buscar los medios para aprovisionar a la población civil en las aglomeraciones en gran parte destruidas. En casi todas las regiones, los transitarios pronto se pusieron en condiciones de organizar, a veces con medios de locomoción improvisados, el transporte de los bienes necesarios para mantener o restablecer la economía del país afectado.

Las largas calzadas romanas, por las cuales en 24 horas legiones enteras podían desplazarse 100 kilómetros, la silla y el collar del caballo, los ejes del carruaje, el cabrestante, la cartografía, el cronómetro, la conservación de los víveres hasta llegar a la lata de conservas, todo sirvió en primer lugar a la logística militar (por eso el filósofo Heráclito afirmó que “el combate es el padre de todas las cosas”).

2. La logística

Como definición general, la expresión “logística” comprende la totalidad de las actividades encaminadas a producir, hacer segura y mejorar la disponibilidad de toda persona o medio, garantizando la condición, el soporte permanente o la seguridad de las operaciones dentro de un sistema.

La logística es el esfuerzo para hacer eficaz el movimiento de materiales y de información, en el conjunto de una cadena de suministros (“supply chain”).

El transitario, en tanto que operador logístico, es el elemento más importante en la gestión de esa cadena.

En ese contexto, los aspectos más importantes son:

- * el almacenaje, el transporte y la distribución (logística y distribución);
- * la disposición (medidas que se adopten en el plano de la organización del transporte y de la distribución);
- * el uso inteligente de la información; y
- * la reducción máxima de los precios del transporte.

La reducción del coste del transporte es, desde siempre, a decir verdad, su función principal, la razón de ser del transitario.

Ya en la Edad Media, desde 1407 en el camino de la feria de Frankfurt y más tarde yendo y regresando de las ferias de Champagne (Troyes, Provins, Lagny y Bar-sur-Aube), los transitarios pudieron, mediante caravanas de animales de carga y carruajes, conducidos por hombres hábiles, evitar las ciudades de paso (“emporios”), rodeándolas.

En efecto, en cada una de esas ciudades de paso, las mercancías llegadas en tránsito debían ser descargadas y ofrecidas a los comerciantes locales. Esta obligación, que rigió desde el siglo XIV hasta el XIX, constituía un gran obstáculo para la libre circulación de las mercancías y aumentaba considerablemente su precio. Frente a la misma, el transitario pudo escoger rutas alternativas y utilizando atajos igualmente bordear puestos de aduana y de frontera en regiones conflictivas, e incluso evitar los transbordos en puertos fluviales. Así ahorraba a su cliente portes suplementarios y podía entregar la mercancía en los más cortos plazos.

La situación actual es casi la misma. La función del transitario es “organizar el transporte, de un punto A a un punto B, al mejor precio, lo más rápidamente posible y por la vía más segura”. Respecto a los medios que para ello utilice, el transitario siempre guardó neutralidad, y así sigue haciéndolo.

Durante las últimas décadas, los acontecimientos bélicos no han disminuido: desde 1945 aún ha habido más de doscientas guerras. En el siglo XXI, las dificultades para el comercio y el transporte, en cierto sentido, incluso han aumentado. El transitario se enfrenta, cada día más, a situaciones nuevas: pensemos solamente en las consecuencias del atentado terrorista del 11 de Septiembre 2001 en Nueva York, que ha supuesto un duro golpe al comercio y al transporte.

El transporte consume el 30 % del total de energía que se produce, y es el factor más importante en la vida económica de los 229 países del mundo. Sin el transporte no hay movimiento de mercancías, y por tanto, intercambio de bienes.

El crecimiento económico y el bienestar de los pueblos se basan en un sistema de transporte eficaz. El comercio exterior contribuye en la mayoría de los países de una manera importante a su bienestar. Se busca la integración económica. El éxito de la globalización ha sido considerable. En Europa occidental, el producto interior bruto por habitante se ha duplicado en los últimos veinte años. En otras regiones del planeta, especialmente en Asia y en menor dimensión en América Latina, las cifras al respecto muestran también un crecimiento.

La prosperidad de la economía y del comercio está ligada al crecimiento de los transportes, sea por carretera, ferrocarril, avión, navegación marítima o interior, así como en transporte combinado (tierra-mar, mar-aire, ferrocarril-carretera, etc). Todo lo que se produce tiene que ser transportado en las mejores condiciones. El transitario, como organizador del transporte, es el eslabón más importante en la cadena internacional del transporte.

El transitario resulta particularmente eficaz en el transporte combinado (carretera-ferrocarril), así como en el transporte multimodal (mar-navegación interior, más carretera-ferrocarril). Una alternativa económica es la fórmula mar-aire. En ella, la primera parte del recorrido, hasta un puerto geográficamente bien situado, se realiza cargando las mercancías en un contenedor marítimo. Para el resto del recorrido se utilizará el avión. Por ejemplo, transporte marítimo Yokohama-Singapur y después transporte aéreo Singapur-Zurich. El precio del transporte (sobre la base del aéreo) se reduce a la mitad.

En ese sentido, el transitario es el "espíritu rector", el lógístico que conoce todos los imponderables y puede, incluso en circunstancias difíciles, garantizar el buen fin de una operación. Su experiencia le permite seguir los progresos logísticos en la gestión de la cadena de suministro. No es por otra cosa que desde 1950 se utiliza el "pallet" o bandeja de carga de dimensiones unificadas (80 x 120 cm), sobre la cual pueden ir colocados paquetes de menor tamaño, y fijados para así constituir una unidad de carga. Ello permite acelerar la manipulación y hacer el transporte más seguro.

Con todo, una operación de transporte no termina hasta que la mercancía es entregada al destinatario, en el lugar correcto, en buen estado, y en el plazo requerido. A fin de poder garantizar una buena ejecución de puerta a puerta, el transitario dispone para sus tráficos internacionales de una red mundial de colaboradores, los cuales en el curso del transporte o en el otro extremo de la cadena logística cumplen sus instrucciones. Esto es una condición "sine qua non" para su presencia como actor de la logística global y una garantía para el éxito de la operación (procesamiento y cumplimiento de la orden).

Generalmente, los transitarios son miembros de una asociación nacional que los agrupa, y que suele denominarse “Asociación de Transitarios y Operadores Logísticos” (por ejemplo, en Francia, “TLF: Transport et Logistique de France”; en Singapur, “SLA: Singapore Logistics Association”; etc). Su asociación nacional le asesora en el ámbito jurídico, económico y empresarial, de formación profesional y de seguros de responsabilidad. También la asociación mantiene buenas relaciones con las instituciones docentes, las autoridades (ministerios de transportes, administraciones de aduanas), asociaciones económicas, cámaras de comercio, puertos, aeropuertos, etc., así como con los transportistas.

A nivel europeo, un total de 25 asociaciones nacionales de transitarios, casi exclusivamente de países de la Unión Europea, son miembros del CLECAT (“Comité de Enlace Europeo de los Comisionistas y Auxiliares de Transporte”). Sus comisiones e institutos se llaman por ejemplo “para la logística... del transporte ferroviario, del transporte por carretera, del transporte marítimo o del transporte aéreo”.

A escala mundial, las asociaciones nacionales son miembros de la FIATA (“Federación Internacional de Asociaciones de Transitarios y Asimilados”), fundada en 1926, que reúne a unos 40.000 transitarios, con aproximadamente 10 millones de empleados, ubicados en 150 países. La FIATA ayuda a sus organizaciones miembros –en España, FETEIA– con la aprobación de Condiciones Generales y documentos unificados para uso por los transitarios, y con un seguro de responsabilidad. Su Fundación para la Formación Profesional ayuda en ese ámbito, y sus recomendaciones específicas en materia de relaciones públicas hacen conocer mejor la actividad de estos profesionales.

Además, la FIATA se ocupa del conjunto de problemas en materia de transporte, tiene estatus consultivo ante las Naciones Unidas y sus Organizaciones más afectadas, como UNCTAD (para el comercio y el desarrollo) y UNCITRAL (para el Derecho internacional del comercio), mantiene relaciones con la CCI (Cámara de Comercio Internacional) y otras entidades como WCO (Organización Mundial de Aduanas), WTO (Organización Mundial del Comercio), etc. Colabora con las asociaciones internacionales de transportistas, como IRU (Unión Internacional de los Transportes por Carretera), UIC (Unión Internacional de Ferrocarriles), e IATA (Asociación Internacional de Transporte Aéreo), especialmente en relación a los Convenios internacionales para el transporte marítimo, por carretera, ferroviario y aéreo.

Al modo de un “arquitecto de la cadena logística”, el transitario allana el camino para la utilización de nuevos modos de transporte. Por ejemplo, el gran contenedor (de 20 o 40 pies), que desde 1965 revolucionó el transporte de mercancías. Lo inventó un transitario americano, que con cada contenedor transfería el volumen de un camión de la carretera al barco. Mediante el contenedor se hizo posible transportar grandes cantidades de mercancías heterogéneas en un recipiente cerrado desde un lugar de origen en el interior de un continente, por

ejemplo, París, hasta un lugar de destino en el interior de otro continente, por ejemplo, Ciudad de Méjico, sin tener que transbordar cada bulto. El contenedor es prácticamente una parte del barco que se desplaza a tierra. Actualmente, navegan por los mares del mundo unos 3000 buques porta-contenedores con una capacidad de 8000 TEUs (Unidades de 20 pies).

En esta línea de desarrollo, el transitario se ha convertido en un Operador de Transporte Multimodal (MTO).

Utilizando el contenedor, puede construir con los diferentes medios de transporte su propia cadena logística y emitir un documento de transporte similar al que establece un transportista, como por ejemplo el FIATA-FBL (Conocimiento de embarque de FIATA), que cubre la totalidad del itinerario, por diferentes modos, desde el punto A hasta el punto B, e incluye un seguro de responsabilidad del transitario. Esto ha permitido desarrollar en gran medida servicios de grupaje intercontinental y así ofrecer un precio más económico.

El Operador de Transporte Multimodal (MTO), u Operador de Transporte Combinado (CTO), se caracterizan por las siguientes notas.

Un MTO o CTO es aquel que se compromete a la organización de un transporte de un punto a otro, utilizando, mediante contrato, diferentes modos de transporte y servicios, asumiendo la responsabilidad por cada tramo del transporte (tierra, mar, aire) y emitiendo un documento de transporte multimodal o combinado.

Poniendo sus mercancías en un contenedor, el exportador economiza tanto en embalaje como en seguro de transporte. Evita los gastos de almacenaje y los intereses bancarios, pues el documento de transporte combinado –por ejemplo, un FIATA FBL- puede ser entregado al cliente inmediatamente después de la toma en carga. En caso de haberse acordado un crédito documentario, podrá así obtener del banco el libramiento de su crédito. Por otra parte, la expedición en contenedor es más rápida y más segura. El riesgo de daños o pérdidas en mercancías containerizadas se reduce en un 90 %.

La “revolución del contenedor” ha hecho también avanzar soluciones en materia de transporte ferroviario o por carretera. Ha hecho aparecer contenedores aptos a cada medio de transporte (así como cajas móviles). Los transportistas, igual que los puertos, aeropuertos y terminales de carga han adaptado sus instalaciones y medios de manipulación a las exigencias de la logística del contenedor.

Ya en 1993, el 95% de toda la carga general era transportada en contenedor. Actualmente hay aproximadamente 7 millones de contenedores viajando por vía marítima. Sin la utilización del contenedor, hoy habría necesidad de unas diez veces más de capacidad en los buques y en los

puertos. Para cargar y descargar la las mercancías antes hacía falta de 3 a 7 días. Hoy un buque no permanece más de unas pocas horas en puerto, lo cual le hace ganar tiempo en el conjunto del viaje, y en general el transporte marítimo mucho más rápido.

Con el crecimiento de la población mundial hacia los 7 billones de habitantes, también el transporte aéreo, utilizando aviones de carga como los Jumbo B747-400F, presta una amplia cobertura y responde plenamente a las exigencias de rapidez de la logística de adquisición y distribución. Ello comprende una logística del grupaje aéreo por los transitarios bien estructurada, así como la utilización de ULD (“Unit Load Devices” o dispositivos unitarios de carga), es decir, contenedores y “pallets” para la manipulación fácil y la seguridad durante el transporte.

El avión es sobre todo conveniente para el transporte de mercancías de alto valor, perecederas y medicamentos. El volumen de mercancías sensibles a la temperatura está en constante aumento, y exige un sistema o cadena de frío sin interrupción.

Un sector muy específico es el transporte aéreo de mercancías pesadas. Con aviones de gran volumen, como el AN 225, pueden trasladarse máquinas con un peso unitario de hasta 250 toneladas.

3. La globalización del comercio y de los transportes

Globalización significa la concentración de los mercados nacionales para dar lugar a un único mercado mundial. El conocido economista Adam Smith (1723-1790), defensor del comercio y la competencia libres, ya decía que el bienestar de un país dependía en sustancia de dos factores: la división del trabajo y la dimensión de los mercados. En la producción, la división del trabajo continúa. Solo se fabrica una parte específica del producto, y el resto, por razones de coste, se manufactura en otro sitio, muchas veces en otro país. Por esta razón, con frecuencia el transitario se ve sometido a la presión del tiempo, pues cada envío debe llegar exactamente en el tiempo y al lugar requeridos, a fin de que la fabricación no se vea retrasada o interrumpida.

El comienzo de la globalización, tal como hoy la entendemos, se sitúa hacia principios de los años 80 (con el crecimiento repentino de las necesidades de los consumidores). Desde los años 90, el WEF (Foro Económico Mundial), que generalmente se reúne cada año en Davos (Suiza) estudia los problemas planteados por el progreso de la integración económica y la globalización, en un contexto de fuerte competencia.

En el sector de las comunicaciones (tecnología informática para la cadena logística de suministro), es sobre todo Internet lo que sirve a la globalización. A través de Internet, el transitario compra los servicios que necesita, coordina las etapas sucesivas del transporte y las vigila mediante el sistema “track and trace” de cada transportista. De esta manera puede saber en todo momento en qué fase del transporte se encuentra cada envío. Claro está, otros

medios de comunicación, como el correo electrónico así como el teléfono móvil también contribuyen a la rapidez y al buen fin de la operación.

El sistema “just-in time” (justo a tiempo), desarrollado en Japón en los años 80 para evitar el almacenaje de productos terminados, permitía manufacturarlos mientras el camión esperaba a puerta de fábrica para llevarse los, también forma parte, en importante medida, de los servicios del transitario. Para la entrega a través de las fronteras, dispone de servicios “overnight” (nocturnos): recogida a última hora de la tarde, entrega a primera hora de la mañana siguiente., así como para los servicios de importación y exportación. También hay servicios fijados a una hora precisa tanto para la recogida como para la entrega.

En ciertos casos, el transitario se encarga, en el marco “third party logistics” (logística de terceros), del conjunto de servicios añadidos a las mercancías fuera de las instalaciones de su cliente. El “outsourcing” (externalización) de ciertas funciones logísticas, especialmente de operaciones que el cliente podría ejecutar por sí mismo (ensamblaje, etiquetado, etc. Incluso la colocación en estanterías en el comercio detallista), son asumidas por el transitario, de manera que el cliente economiza. Esos servicios de valor añadido, generalmente prestados en el marco del tratamiento de stocks y organización de la distribución, requieren mucha mano de obra y son, por ese motivo, trabajo de especialistas.

La logística de la distribución sigue en general los objetivos de la estrategia del marketing (por ejemplo, en brevedad del tiempo para comercializar) y la política de distribución de un gran fabricante o comerciante mayorista, que determina a largo plazo sus canales de venta así como la distribución física en colaboración con un transitario.

Algunos transitarios se concentran en modos de transporte o países concretos, o en un género particular de productos como los alimentarios (“food logistics”) utilizando para ello las cadenas de temperatura controlada –cadenas de frío-, o bien en la distribución de libros, de ropa (“textil logistics”) o de servicios de transporte muy especializados, como el de animales vivos, o el suministro a ferias (“exhibition logistics”). Hay transitarios que se ocupan particularmente en el embalaje y traslado de obras de arte, o en el transporte de muebles y mudanzas (“removal logistics”).

Hay proyectos logísticos en casi todas las ramas de la producción, empezando por la industria del automóvil y pasando por la química, la moda o los cosméticos, hasta el comercio de piezas de recambio (“parts logistics”) o la venta por correspondencia. En caso de ser necesario vigilar minuciosamente envíos muy importantes, en el marco de una cadena de suministro, se puede equipar los embalajes con chips RFID (dispositivos de identificación por radio frecuencia). En general, el seguimiento (“tracking”) está basado en un sistema de red (“web-based”), y puede ser consultado por todas las partes afectadas en pantalla, bajo un sistema de seguridad.

Un ámbito particular de intervención del transitario es el comercio electrónico. Las compras por Internet jugarán en el futuro un papel impor-

tante sobre todo en los negocios entre empresas y menos en el comercio directo con consumidores. Incluso después del año 2010, el comercio local de detalle ya establecido mantendrá en buena medida su importancia. En España, mediante EDI (intercambio electrónico de datos), es decir, en el comercio a través de Internet, un 75 % de las ventas son "B2B" (comerciante a comerciante) y sólo el 25 % restante lo son "B2C" (comerciante a cliente). En Alemania la proporción en el conjunto de las transacciones comerciales electrónicas, es aún mayor: 80 % "B2B" y sólo 21 % "B2C".

Una especialidad muy importante es la organización de transportes para grandes proyectos. En tal caso, el transitario se encarga del transporte de una instalación completa, lo cual exige una dosis considerable de ideas y de eficacia. En este ámbito se necesita habilidad en el desarrollo de las operaciones, experiencia respecto a las cláusulas del crédito documentario, y conocimiento perfecto de las lenguas de los países de tránsito y de destino. El transitario debe conocer los usos y costumbres, así como la normativa jurídica vigente en el lugar de la entrega. Por ejemplo, que en caso de accidente de carretera por choque contra un camello, en Omán (península arábiga), la responsabilidad entre las 19 horas y las 7 horas del día siguiente corresponde al propietario del camello (el cual de todas formas no será jamás encontrado), mientras que durante el día es el conductor del camión el responsable, el cual en la mayor parte de casos de accidente, sean de día o de noche, termina en la cárcel.

El transitario de proyectos es capaz de organizar el transporte de puerta a puerta, desde su propio país hasta otro país lejano, a veces en el punto opuesto del mundo. Realiza el fletamento de buques y aviones, alquila vehículos con base rebajada, y grúas. Efectúa a menudo con su propio personal "in situ" el control de las operaciones de carga y descarga en puertos y aeropuertos. Acompaña los transportes hasta su instalación de destino y en caso de objetos muy grandes (prensas, transformadores) hasta su colocación en su respectivo soporte, mediante grúas o maquinaria hidráulica. Así la organización de la cadena de transporte de puerta a puerta, para cada proyecto específico, se convierte en un servicio logístico de calidad.

En general, los transitarios son en su mayor parte empresas de mediana dimensión. Su oferta de servicios está basada en una gran flexibilidad y un espíritu innovador. El potencial de una empresa transitaria se mide exclusivamente por la calidad de su personal. El personal es por así decir el "software", pudiéndose considerar el "hardware" las oficinas, las instalaciones fijas y los vehículos -en conjunto muchas veces contratado en alquiler o "leasing". El coste de personal de una empresa transitaria oscila, según el lugar, entre el 55 y el 75 % de sus gastos.

El comercio exterior de un país está, según la coyuntura, sujeto a fluctuaciones más o menos pronunciadas. Cuando la economía funciona, el transitario se ve también fuertemente implicado. Por eso se dice que el transitario es el termómetro que indica la salud de la economía de un país.

En ciertos lugares, el número de personas trabajando en las empresas transitarias –comparado con el total de personas ocupadas en todo el sector de los transportes (incluyendo puertos, aeropuertos, terminales y administración Pública- puede llegar a ser de una tercera parte.

La mayoría de los transitarios disponen de certificación de calidad, conforme a las normas ISO 9001:2000 o ISO 9002 (como es sabido, ISO es la Organización Internacional para la Uniformización) y cuentan dentro de la empresa con una persona específicamente destinada a supervisar la calidad. Pues ello es conforme a la voluntad de la profesión de mejorar permanente su servicio.

En fin, si el transporte constituye la base para la convivencia de la humanidad, el transitario, con su red logística de eficacia demostrada, se encuentra en condiciones de garantizar el transporte de mercancías de cualquier naturaleza y volumen. Como empresario general de los transportes, se sitúa a la cabeza de la cadena logística y así contribuye al progreso y al bienestar de los pueblos del mundo.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

EL CONTRATO DE SERVICIOS LOGÍSTICOS: RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL

Por

Juan GAITÁN REBOLLO

Abogado

(Madrid)

1. Naturaleza jurídica del contrato de servicios logísticos.

Ni el Código de Comercio ni muy posteriormente la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres¹, regulan específicamente el contrato de servicios logísticos. Efectivamente, en el Código de Comercio, del siglo diecinueve, se regulan contratos relacionados con la actividad logística, como el contrato de depósito o el contrato de transporte, pero específicamente no regula el contrato de servicios logísticos. Cuando se redacta la LOTT en 1987, se ve la necesidad de modificar algunos aspectos del contrato de transporte regulados en el Código de Comercio, si bien se entiende que no es el momento de modificar el Código de Comercio, quizás porque precisamente se cumplía su centenario, de ahí que se incorporen en su texto algunas normas de índole jurídico privado a las que más adelante nos referiremos. Posteriormente se aprueba un contrato tipo aplicable al transporte de mercancías por carretera –Orden de 25 Abril 1997–: igualmente, nada se dice sobre el contrato de servicios logísticos. En consecuencia el contrato de servicios logísticos es un contrato atípico.

Generalmente se trata de un contrato entre empresas, el fabricante del producto o el distribuidor de una parte y por otra el operador logístico. Por lo que estamos ante un contrato de naturaleza mercantil, con lo que es de aplicación el Código de Comercio, y en particular la regulación de aquellos contratos relacionados con las actividades propias del operador logístico, como el contrato de depósito, el de transporte y en general el de arrendamiento de servicios.

No obstante, en ocasiones se puede pactar el contrato entre el operador logístico y los particulares o usuario final, con lo que se cuestiona la aplicación de otras normas, como las relativas a la legislación de consumidores y usuarios, y en particular la Ley General de Consumo, donde se pueden plantear “quid iuris” como las relacionadas con la aplicación o no del límite de responsabilidad del transportista.

Otros aspectos de la naturaleza del contrato son: a) nos encontramos ante un contrato oneroso, dado que el operador logístico lleva a cabo los servicios a cambio de un precio; b) es un contrato bilateral y sinalagmático porque impone a las dos partes obligaciones recíprocas; y finalmente c) es un contrato de tracto sucesivo y complejo, puesto que su eje-

¹ Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE 31 de julio de 1987). En adelante, “LOTT”.

cución no se suele circunscribir a un solo acto, sino que se realiza a lo largo de tiempo de duración del contrato y comprende diversas actividades a las que se compromete el operador logístico.

2. Régimen jurídico de los operadores logísticos.

El régimen jurídico que regula la actividad de los operadores logísticos, desde el punto de vista jurídico-administrativo, debemos buscarlo en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y en su Reglamento² (ROTT) y legislación que lo desarrolla. Sin embargo en esta ley del año 1987 no se regula específicamente esta actividad.

Efectivamente, el título IV, capítulo primero de la LOTT trata de las actividades auxiliares de la actividad del transporte, y entre ellas no se cita la de los operadores logísticos, y ello a pesar de que las actividades que se regula, como las de agencias de transportes, transitarios o almacenistas-distribuidores, se autodenominan en muchos casos “operadores logísticos”. De hecho la tendencia es la de ampliar los servicios que prestan a los más propios de los operadores logísticos. La autorización administrativa es única para todas estas actividades auxiliares y se llama de “operador de transporte de mercancías” (OT): Orden de 21 Julio 2000, art. 2.

Ciertamente, la actividad que en mayor medida se puede asimilar a la de los operadores logísticos es la de almacenamiento y distribución. En tal sentido el ROTT en el título V, capítulo III, artículo 171 establece que “se considera actividad de almacenaje y distribución aquella que tiene por objeto recibir, en virtud de un contrato de depósito y en locales adecuados de los que disponga el depositario, bienes o mercancías ajenos, efectuando, respecto de ellos, operaciones de ruptura de cargas, almacenaje, custodia, manipulación, administración, control de existencias, preparación de pedidos y cualesquiera otras que hubieran sido convenidas para su posterior distribución, en virtud de un contrato de transporte, a las personas determinadas por el depositante en la forma, tiempo y lugar que éste determine”³.

Este artículo lo debemos poner en relación con los que se dispone en otros apartados de la ley, en particular los que se refiere al régimen sancionador; a la obligación de cumplir con los requisitos de acceso al mercado⁴ y a la profesión⁵, entre otros.

2 RD 1211/90, 28-9 (BOE 8-10), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres –en lo sucesivo, “ROTT”-. Modificado por RD 858/1994, 29-4, por RD 1136/97, 11-7, por RD 927/98, 14-5 y por RD 1830/99, 3-12. Parcialmente derogado por L. 13/96, 30-12.

3 Artículo 172 del ROTT “Los almacenistas-distribuidores podrán llevar a cabo la distribución de las mercancías, de acuerdo con las dos siguientes modalidades: Con vehículos propios amparados por autorizaciones de transporte público de las que sean titulares. Contratando la realización del transporte en nombre propio con transportistas debidamente autorizados para llevarlo a cabo. Podrán utilizarse, asimismo, para realizar la distribución, la colaboración de agencias de transporte”.

Al mismo tiempo, queremos destacar el régimen relativo a la Juntas Arbitrales de Transporte y otros artículos de aplicación general, que con un contenido jurídico privado, cabe plantear su aplicación a la actividad de los almacenistas-distribuidores y en consecuencia a la de los operadores logísticos.

El ROTT en el título I, capítulo II, sección tercera, artículo 6º establece que “corresponde a las Juntas Arbitrales del Transporte el ejercicio de las siguientes funciones: resolver, con los efectos previstos en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y de las actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera entre las partes intervinientes o que ostenten un interés legítimo en los mismos, que sean sometidas a su conocimiento, de conformidad con lo previsto en la LOTT”⁶.

A mayor abundamiento, el artículo 10 del ROTT se refiere explícitamente a la actividad de almacenista-distribuidor cuando dispone que “de conformidad con lo previsto en el artículo 375 del Código de Comercio, la percepción del importe de los servicios de transporte público y de los gastos y derechos causados, constituirán crédito preferente a favor del transportista, de la agencia, del transitario o del almacenista-distribuidor, siempre que la oportuna reclamación se formalice en un plazo de ocho días desde el momento de la entrega de las mercancías o de haberse intentado ésta”.

Particular interés suscita la aplicación de otros artículos de naturaleza jurídico privada que pueden aplicarse a la actividad de los almacenistas distribuidores, en particular los relativos al precio, a los seguros, al límite de responsabilidad, al derecho a depositar la mercancía, al contrato-tipo y a los documentos de transporte.

4 Para realizar la actividad de almacenistas-distribuidores será preciso estar en posesión de la correspondiente autorización administrativa que habilite para la misma. Serán de aplicación, en relación con los requisitos de otorgamiento y características de dicha autorización, así como de apertura de sucursales y nuevos locales, reglas análogas a las establecidas en relación con las agencias de transporte de mercancías con las siguientes peculiaridades: Los locales deberán ser adecuados en cuanto a su superficie y disponer de los medios técnicos necesarios para el ejercicio de la actividad, de acuerdo con las condiciones que al efecto determine el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones. Las mercancías depositadas deberán estar aseguradas de los posibles daños que puedan sufrir. Deberán cumplirse los requisitos establecidos por la Legislación vigente en materia de Sanidad y Seguridad e Higiene, así como los relativos a los almacenes generales de depósito” Artículo 173 del ROTT.

5 ROTT, título II; capítulo I; CAPÍTULO I: CONDICIONES PREVIAS DE CARÁCTER PERSONAL PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD; Artículo 33, 1. Para el ejercicio de las actividades de transporte público de mercancías y de viajeros en autobús será necesario el cumplimiento de los requisitos de capacitación profesional, capacidad económica y honorabilidad regulados en el presente capítulo.

Tales requisitos deberán asimismo ser cumplidos por las personas que realicen las actividades de agencia de transporte de mercancías, transitario y almacenista-distribuidor.

6 Si bien posteriormente el ROTT se refiere a la aplicación pero solo en lo relativo al contrato de transporte, cuando dice en relación a las competencias de las Juntas Arbitrales “Las demás que, para facilitar el cumplimiento del contrato de transportes y para proteger los intereses de los transportistas y de los usuarios o cargadores, le sean expresamente atribuidas por el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones.

En cuanto al precio por la prestación de los servicios logísticos el artículo 28 del ROTT establece en su punto seis que “las actividades auxiliares y complementarias del transporte no estarán, como regla general, sometidas a tarifas obligatorias”⁷.

Por lo que se refiere a los seguros de transporte, no se establece la obligatoriedad para ninguna de las actividades de transporte de mercancías o actividades auxiliares. No obstante en relación con el depósito de la mercancía, el artículo 173 del ROTT establece que “las mercancías depositadas deberán estar aseguradas de los posibles daños que puedan sufrir”.

El límite de responsabilidad le será aplicable pero únicamente en cuanto a la actividad de transporte, dado que el artículo 23 de la LOTT establece que “salvo que expresamente se pacten unas cuantías o condiciones diferentes, la responsabilidad de los porteadores de mercancías por las pérdidas o averías que sufran éstas, estará limitada como máximo a la cantidad de 4,5 euros por kilogramo. La responsabilidad de dichos porteadores por los retrasos en la entrega de las mercancías no podrá exceder, salvo pacto en contrario, del precio del transporte”. Efectivamente se habla de “responsabilidad del transportista” sin que se refiera a la actividad distinta de almacenamiento.

El derecho a depositar la mercancía en los casos en que el destinatario y el remitente no se haga cargo de ella, se reconoce también para la actividad de almacenista distribuidor en el ya mencionado artículo 10 y siguientes del ROTT.

En relación con la aprobación de un contrato-tipo para la actividad logística, el ROTT en su título I; capítulo II; sección cuarta; artículo 13 establece que “el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones, oídos el Consejo Nacional de Transportes Terrestres, el Comité Nacional del Transporte por Carretera y las asociaciones representativas de cargadores o usuarios, podrá establecer contratos-tipo o condiciones generales de contratación para las distintas clases de transporte terrestre y de actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera, en los que se determinarán los derechos y obligaciones recíprocas de las partes y las demás reglas concretas de cumplimiento de los contratos singulares”.

La ausencia de regulación tanto jurídico pública como jurídico privada de la actividad de los operadores logísticos, puede solventarse con la aprobación de una disposición, semejante a la ya aprobada para el transporte de carga completa y de carga fraccionada, por la que se aprueban unas condiciones generales de contratación (Orden de 25 Abril 1997).

⁷ Los precios de la actividad de almacenamiento y distribución serán libres.

Cuando se contrate la realización de transportes sometidos a tarifas obligatorias, los precios que se paguen a los transportistas deberán respetar éstas. Cuando el almacenista-distribuidor sea, simultáneamente, agencia de transporte de mercancías, prevalecerá el régimen tarifario previsto para éstas. Artículo 173 del ROTT.

Estas condiciones generales de contratación serían aplicables en forma subsidiaria o supletoria a las que libremente pacten las partes de forma escrita en los correspondientes contratos singulares.

En cuanto a los documentos de transporte, en la legislación española se prevé un documento denominado de control⁸, para las “personas que realicen transporte público de viajeros o mercancías por carretera, así como las que realicen las actividades auxiliares y complementarias del transporte reguladas en este Reglamento”, en virtud del cual “deberán cumplimentar la documentación relativa al desarrollo de su actividad que, a efectos de control administrativo o estadístico, se determine por la Administración”⁹.

3. Contenido típico del contrato de servicios logísticos.

3.1. Obligaciones legales de los operadores logísticos.

La ley no define el contenido del contrato de servicios logísticos, si bien al referirse a la actividad de almacenamiento distribuidor¹⁰ nos dice que “se considera actividad de almacenaje y distribución aquella que tiene por objeto recibir, en virtud de un contrato de depósito y en locales adecuados de los que disponga el depositario, bienes o mercancías ajenos, efectuando, respecto de ellos, operaciones de ruptura de cargas, almacenaje, custodia, manipulación, administración, control de existencias, preparación de pedidos y cualesquiera otras que hubieran sido convenidas para su posterior distribución, en virtud de un contrato de transporte, a las personas determinadas por el depositante en la forma, tiempo y lugar que éste determine”.

De estos artículos deducimos además una serie de obligaciones del operador logístico:

- **OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN:** Las empresas de almacenaje y distribución tendrán la obligación de facilitar al depositante, con la periodicidad que en cada caso se establezca en los correspondientes contratos, información acerca de la cantidad o volumen de bienes o mercancías de cada tipo, clase o referencia que, como existencias, se encuentren depositados en los locales de aquéllas, y de su estado, así como en su caso

8 ROTT: título VI, capítulo VI, capítulo VI: documentos de control, artículo 222 y siguientes. Ver también Orden FOM/238/2003 de 31 Enero 2003.

9 Sin embargo, en la redacción original del Reglamento de la LOTT no se hacía mención a la actividades auxiliares y complementarias del transporte, únicamente se vinculaba la obligatoriedad del documento de control a la actividad del transporte. Efectivamente la transcripción que hacemos en el texto anterior se refiere a la reforma del Reglamento redactada por el Real Decreto 1136/1997, de 11 de julio. El texto original del artículo decía: "1. Estarán obligadas a cumplimentar la declaración de porte prevista en el artículo 147 de la LOTT de acuerdo con el régimen de formalización previsto en el punto 2 de este artículo, las Empresas que realicen transporte público de mercancías, salvo que dicho transporte se realice con vehículos ligeros, o al amparo de autorizaciones de ámbito local".

10 ROTT, título V, capítulo III, Almacenistas distribuidores artículo 171.

de los períodos de vigencia o caducidad de las mismas, de la distribución realizada y de las demás circunstancias que permitan a los clientes conocer la marcha y situación de la actividad.

- **OBLIGACIÓN DE TRANSPORTE PÚBLICO.** La distribución de las mercancías la realizarán con vehículos propios amparados por autorizaciones de transporte público de las que sean titulares, o contratando la realización del transporte en nombre propio con transportistas debidamente autorizados para llevarlo a cabo. Podrán utilizarse, asimismo, para realizar la distribución, la colaboración de agencias de transporte¹¹.

- **AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.** Es preciso estar en posesión de la correspondiente autorización administrativa que habilite para el ejercicio de la actividad: de “operador de transporte de mercancías” (OT): Orden de 21 Julio 2000.

- **CAPITAL SOCIAL.** Para obtener la autorización, la Empresa prestadora deberá cumplir con el requisito de acceso a la profesión, para lo que se requiere entre otros cumplir con la capacidad económica. La capacidad económica consistirá en disponer de los recursos financieros y materiales necesarios para garantizar la correcta puesta en marcha y la buena gestión de la Empresa. Las Empresas que realicen las actividades de agencia de transporte de mercancías, de transitario y de almacenista-distribuidor deberán disponer de un capital desembolsado y reservas de, al menos, 60.000 euros (artículo 40 del ROTT).

- **ALMACENES.** Los locales deberán ser adecuados en cuanto a su superficie y disponer de los medios técnicos necesarios para el ejercicio de la actividad, de acuerdo con las condiciones que al efecto determine el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones. Deberán cumplirse los requisitos establecidos por la Legislación vigente en materia de Sanidad y Seguridad e Higiene, así como los relativos a los almacenes generales de depósito.

- **SEGUROS.** Las mercancías depositadas deberán estar aseguradas de los posibles daños que puedan sufrir.

- **PRECIO.** Los precios de la actividad de almacenamiento y distribución serán libres.

3.2. Apuntes para un contrato de servicios logísticos.

Son distintos los aspectos que entendemos deben recoger o ser tenidos en cuenta para la redacción de un contrato de servicios logísticos. De la revisión de algunos contratos destacamos el siguiente esquema de contrato, si bien cada operación o sistema logística dará lugar a un contrato

¹¹ Artículo 172 del ROTT.

singular, en el que se tendrá en cuenta la especialidad por la naturaleza de la mercancía, el territorio de reparto, la red logística, los recursos necesarios, etc.

1. Identificación de las partes. Indicaciones registrales y poderes.

2. Ámbito del contrato. Delimita el ámbito territorial de ejecución del contrato y de los servicios que se requieren de operador logístico.

3. Plan logístico y recursos necesarios. Se expone la red logística necesaria para la adecuada prestación del servicio así como los procedimientos remitiéndose al detalle que se desarrolla en los anexos del contrato. Se exponen los recursos necesarios para realizar esos servicios y la propiedad y control de dichos recursos. Se indican, en su caso, los traspaños y subrogaciones del cliente al operador con la relación de activos y valoración, la responsabilidad del valor residual, las condiciones contractuales de los locales de alquiler si los alquila el cliente, la relación del personal subrogado y condiciones y los acuerdos sobre tratamiento a la terminación del contrato.

4. Obligaciones del operador logístico. De los distintos servicios que prestara el operador se intentará objetivizar la realización de los mismos planteándose objetivos y utilizando indicadores que permitan medir la consecución de los objetivos.

5. Obligaciones del cliente. Básicamente será la de pagar el precio de los servicios contratados, así como definir las consecuencias de incumplimiento de este pago. Puede pactarse un volumen mínimo de contratación, de forma que si no se alcanza este mínimo se debe abonar el precio hasta alcanzar el mínimo pactado.

6. Sistema de remuneración. Es un tema esencial para el buen fin de la vida del contrato, se trata de definir con la mayor precisión posible el sistema de remuneración. Se suele elegir entre varias opciones. En un sistema fijo de remuneración, con el modelo de precio unitario o el modelo de coste basado en actividad. En un sistema variable de remuneración, o sistema "open book" en los que el cliente tiene mayor participación en la ejecución del contrato, lo que se tiene en cuenta para la remuneración. Otras cláusulas son las relativas a la revisión del sistema de remuneración o tarifación, la cláusulas de sistema de renegociación de precios, o las relativas a los objetivos de mejora de productividad.

7. Sistema de responsabilidad y otros compromisos. En este punto se trataran los temas relativos al sistema de responsabilidad, distinguiéndose las distintas actividades según el modelo de relación contractual en cada caso, así se determinará el régimen de responsabilidad aplicable en el contrato de depósito, en el contrato de transporte y en el resto de servicios logísticos. Se trata sobre la extensión de la responsabilidad, la delimitación de la responsabilidad¹² por causas genéricas o contractuales como la valoración de las mercancías, franquicias por pérdidas o faltas de stock. Junto

con el tema de la responsabilidad se tratarán cláusulas como las relativas a la confidencialidad, penalizaciones o incentivos, propiedad de las mercancías.

8. Sistema de control. Se tratarán los temas relativos a la resolución de conflictos, la jurisdicción y ley aplicable, al protocolo de renegociación del precio, al protocolo de renegociación del contrato, y al sistema de inspección y control. Se hará especial mención a los inventarios, indicando quién llevará la contaduría, los conteos físicos incluidos en las tarifas, los niveles de tolerancia sobre pérdidas, el método de resolución de discrepancias y la valoración y saldo de las discrepancias.

9. Seguros. Singular interés tiene el tema de los seguros tanto de daños como de responsabilidad. En tal sentido se define quién debe contratar el seguro, con que póliza, tipo de compañía, franquicia, etc. De los seguros relativos a los daños a mercancías durante el transporte, daños a mercancías en almacén, responsabilidad civil, responsabilidad derivada de daños por productos defectuosos.

10. Duración del contrato. Se pactará el tiempo de duración del contrato, así como las prórrogas tanto expresas como tácitas, las causas de rescisión y resolución del contrato, y se indicarán las consecuencias de la ruptura de la relación contractual en relación a las mercancías en poder del operador, los activos e inversiones acometidas por el operador, la subrogación del cliente a los contratos del operador, las cesiones de licencia, las obligaciones fiscales, administrativas, civiles, etc., la plataforma logística y el personal adscrito a la ejecución del contrato. En este último sentido, importa destacar expresamente la protección del cliente frente a reclamaciones de los trabajadores del operador (propios o subcontratados). Finalmente, se puede valorar la cuantía de las indemnizaciones por los hechos anteriores. Es conveniente indicar la fecha de comienzo de las obligaciones y los servicios previos a realizar antes del inicio de las obligaciones.

11. Exclusividad. Indicar si se trata de una logística dedicada o multivalente. En el caso de exclusividad decir si ésta es parcial o total, por zonas y por servicios

12. Cesión y subcontratación. Posibilidad o no de subcontratar por parte del operador de todas o algunas de las actividades que integran el objeto del contrato. Y en tal caso las condiciones que se imponen a la subcontratación.

ANEXOS. Podemos tratar los siguientes aspectos: Especificación Técnica de la red logística y de cada una de las actividades, en particular la relativa a la compatibilidad de los sistemas de información. El Manual Operativo o de procedimiento. El Plan de Arranque, indicando el equipo

12 Con la aplicación o no de algún límite de responsabilidad del operador.

conjunto Operador – Cliente, los plazos aceptables, los períodos de formación, las fases y pruebas “piloto”, se determinará qué evento indica la finalización del proceso transitorio de arranque, y se hará constar el reparto de los gastos de arranque.

4. Conclusiones.

1. La actividad de los operadores logísticos, por ahora, no se encuentra regulada específicamente en la legislación de transporte española, por lo que, dada la expansión de la actividad, se hace necesario promulgar una norma concreta que la regule.

2. Esta futura norma podrá tener un contenido tanto jurídico público como jurídico privado o bien detenerse únicamente en los aspectos jurídicos privados, solución más idónea si se pretende proponer un sector liberalizado.

ASPECTOS EVOLUTIVOS DEL TRANSPORTE EN EL SISTEMA ITALIANO: DEL “RECEPTUM” A LA LOGÍSTICA

Por

Alessandra XERRI SALAMONE

*Profesora de la Universidad de Cassino
(Roma)*

1. Hacia la integración de los transportes

El fenómeno del transporte, desde los de carros de ruedas macizas del tiempo de los romanos hasta los aviones super-jets, en este mundo cada vez más estandarizado, puede ser considerado desde varios puntos de vista, que tienden a ir integrándose.

En términos sustantivos, “transporte” significa el desplazamiento de personas o cosas de un lugar a otro. En términos legales, y bajo el ordenamiento italiano, “mercancías” significa sólo cosas materiales. La teórica subdivisión de la noción de transporte en tres conceptos, en base al binomio sujeto-materia, es decir: personas, cosas e información, no ha tenido reflejo en el Derecho positivo¹. El Código Civil italiano y el Código de la Navegación de nuestro país muestran un concepto de transporte y de su regulación que se hace diverso dependiendo de solo dos elementos: el sujeto y la materia (personas o mercancías) y el medio en que el transporte tiene lugar (tierra firme –carretera y ferrocarril-, mar o aire).

La naturaleza del contrato de transporte es la misma en todos estos casos, pero esto no permite un tratamiento unitario de la cuestión, ya que el transporte de personas y el de mercancías, pese a sus rasgos comunes, muestran marcadas diferencias en sus respectivas legislaciones. De igual manera, también cada modo de transporte presenta elementos tanto comunes como diferenciadores respecto a los restantes.

El transporte de viajeros y el transporte de mercancías, en términos comerciales, comprende el transporte en sus estrictos términos, mientras que el transporte como movimiento autónomo de un vehículo, aislado del elemento en que ese movimiento tiene lugar y encaminado a la realización de una actividad diferente del traslado de personas o cosas, tales como la pesca, el recreo, el remolque, el rescate, etc. conlleva transporte en sentido amplio y en sentido técnico, en el cual está basada toda la construcción dogmática del Derecho de la navegación marítima y aérea².

¹ La Comisión Europea parece ir contra corriente en el Libro Blanco “Política Europea del Transporte para 2010 – Tiempo de Decisiones”, cuando, al subrayar las perspectivas futuras de la política común, no solo a transporte terrestre, marítima y aéreo, de personas y de mercancías, sino también a las telecomunicaciones, por tanto incluyendo el transporte de datos.

En términos generales, el contrato de transporte es un contrato típico y nominado. Su regulación general está contenida en el Código Civil italiano (Capítulo VIII del Título III –Contratos Individuales- del Libro IV –Obligaciones-, arts. 1678 a 1702). La regulación del transporte marítimo y aéreo está contenida en el Código de la Navegación (Capítulo III del Título I –Contratos para el uso del buque- del Libro III –Obligaciones relativas a la navegación-, Parte I –Navegación marítima y de cabotaje-, arts. 396 a 467, y Capítulo II del Título I –Contratos para el uso de la aeronave- del Libro III –Obligaciones relativas al ejercicio de la navegación, Parte II –Navegación aérea-, arts. 940 a 964). Otras fuentes jurídicas vienen constituidas por leyes y reglamentos especiales.

Así pues, además de la normativa general del Código Civil, el transporte está regulado por otras reglas, que prevalecen sobre aquél debido a su naturaleza “especial”, venidas de diferentes vías jurídicas, incluyendo los Convenios internacionales, dado el carácter internacional del transporte) así como los Reglamentos de la Unión Europea. Un cuerpo normativo que incluya sólo el Derecho nacional complementario del Código Civil italiano no existe: resultaría tan complicado como incompleto.

En el ordenamiento jurídico vigente, y limitándonos al transporte terrestre de mercancías, la carretera, y especialmente en su faceta de transporte profesional o por cuenta ajena, que supone el único modo de ejercicio empresarial del transporte, está siendo cada vez más relevante.

2. Relevancia del transporte por carretera

Ningún estudio sobre los aspectos jurídicos del transporte por carretera puede dejar de tener en consideración las reglas especiales aplicables

2 Señalamos al lector los más importantes libros sobre transporte publicados en Italia, incluso anteriores al Código de 1942, que no pueden dejados de tener en cuenta: ASQUINI, *Il trasporto terrestre di persone*, Padua 1923, ID, *Il contratto di trasporto*, Torino, 1935; ID, *Trasporto in genere*, in *Noviss. dig. it.*, vol XIX, Torino 1973, 565 et seq.; ID *Trasporto di cose (Contratto)*, ibidem 578 et seq.; ID, *Del trasporto*, in *Commentario al codice civile a cura di D’Amelio e Finzi*, 415 et seq., Florence 1947. Respecto a los trabajos publicados después de la promulgación del Código, vid: IANNUZZI, *Del trasporto*, Libro IV delle obbligazioni, in *Commentario Scailloja e Branca II ed.* Roma - Bologna 1970; ROVELLI, *Trasporto di persone*, 1970; GRIGOLI, *Il trasporto*, in *Trattato di diritto privato*, dirigida por Rescigno, XI, 3, Turin 1984; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, VIII ed. por Angelici and Ferri, Torino 1991; SILINGARDI – CORRADO – MEOTTI – MORANDI, *La disciplina uniforme del contratto di trasporto di cose su strada*, Turin, 1994; TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milan 1999; RIGUZZI, *Il contratto di trasporto stradale*, in *Trattato di diritto privato*, directed by BESSONE Turin, 2000; BUONOCORE, *I contratti di trasporto*, vid supra; como obras importantes sobre transporte marítimo y aéreo, vid: ROMANELLI, *Il trasporto aereo di persone*, 1966.; RODIERE, *Droit des transports terrestres et aériens*, 1981; CARBONE, *Il contratto di trasporto marittimo*, Milano, 1984; ZUNARELLI, *La nozione di vettore*, Milan 1987; ID, *Trasporto marittimo*, in *Enc. dir.*, Milano 1992, 1202 et seq.; RIGUZZI, *La responsabilità limitata del vettore marittimo di merci*, Milan 1993; SILINGARDI, *Trasporto aereo*, in *Enc. dir.*, Milano 1992, 1179 et seq.; BUSTI, *Il contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale dirigida por CICU – MESSINEO – MENGONI*, Milano 2001; específicamente, con referencia a la construcción de un Derecho autónomo del transporte, vid: ROMANELLI, *Diritto aereo, diritto della navigazione, diritto dei trasporti*, in *Riv. Trim. dir. Civ.* 1975, 1341 et seq.; D’ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, Milano 2003; GRIGOLI, *Profili del diritto dei trasporti nell’attuale realtà normativa*, Bologna, 2003; ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2004; CASANOVA- BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti, infrastrutture e accesso al mercato*; XERRI (edited by), *trasporti e globalizzazione, materiali per una ricerca*, Cagliari, 2004.

al transporte de mercancías, con particular referencia a las previsiones de la Ley nº 298 de 6 Junio 1974: Establecimiento de un Registro Nacional de transportistas de mercancías por carretera por cuenta de terceros, disciplina de los transportistas de mercancías, y establecimiento de un sistema de tarifas en horquilla para el transporte de mercancías por carretera (“Istituzione dell’albo nazionale degli autotrasportatori di cose per conto terzi, disciplina degli autotrasportatori di cose e istituzione di un sistema di tariffe a forcilla per i trasporti di merci su strada”), que sienta, entre otras cosas, la distinción básica entre transporte por cuenta propia y transporte por cuenta ajena o de terceros³.

No solo las respectivas definiciones son diferentes, sino también la clase de autorización requerida para el ejercicio de una u otra actividades, así como la documentación exigible en cada caso.

El art. 31 de la citada Ley define el “transporte de mercancías por cuenta propia” como el realizado por personas jurídicas, individuales o colectivas, sean éstas de naturaleza pública o privada, para cubrir sus necesidades propias, mediante sus propios medios (en propiedad o en usufructo), directamente o a través de sus empleados, para el traslado de sus propias mercancías, y siempre que el transporte no sea su principal actividad económica sino subsidiaria y auxiliar de otra actividad considerada más importante.

Por contraste, el art. 40 de la propia Ley define el “transporte de mercancías por cuenta de terceros” como una actividad empresarial para el suministro de servicios de transporte contra remuneración.

La ejecución de la primera clase de transporte está sujeta a una autorización especial, otorgada por la Oficina Provincial de Control

3 Seguidamente señalamos al lector algunos de los más significativos cuerpos jurídicos nacionales: Ley nº 289 de 6 Junio 1974 “Istituzione dell’albo nazionale degli autotrasportatori di cose per conto terzi, disciplina degli autotrasportatori di cose e istituzione di un sistema di tariffe a forcilla per i trasporti di merci su strada”, modificada por Ley nº 132 de 30 Marzo 1987; Orden Ministerial de 18 Noviembre 1982, “Approvazione delle tariffe per i trasporti di merci su strada per conto terzi eseguiti sul territorio nazionale”; Ley nº 450 de 22 Agosto 1985, “Norme relative al risarcimento dovuto dal vettore stradale per perdita o avaria delle cose trasportate”; Ley nº 21 de 15 Enero 1992, “Legge -quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea”; Decreto-Ley nº 82 de 29 Marzo 1993, conteniendo medidas urgentes aplicables al transporte de mercancías por carretera por cuenta de terceros, convertido a Ley nº 162 de 27 Mayo 1993; Ley nº 454 de 23 Diciembre 1997 “Interventi per la ristrutturazione dell’autotrasporto e lo sviluppo dell’intermodalità”; Decreto Legislativo nº 84 de 14 Marzo 1998, “Riordino della disciplina per l’accesso alla professione di autotrasportatore di cose per conto terzi, a norma dell’art. 7, comma 1º, della l. 23 dicembre 1997, n. 454”; Decreto Legislativo nº 85 de 14 Marzo 1998, “Riordino della disciplina concernente il rilascio delle autorizzazioni per l’esercizio dell’attività di autotrasporto di cose per conto terzi, a norma dell’art. 7, comma 2º, della l. 23 dicembre 1997 n. 454”. En lo que respecta a normativa internacional, destacamos la Ley de 6 Diciembre 1960, “Adesione alla Convenzione sul contratto di trasporto internazionale di merci su strada” aprobada en Ginebra en 19 Mayo 1956 (CMR); Ley nº 264 de 2 Mayo 1977, “Ratifica ed esecuzione dell’accordo relativo ai trasporti internazionali delle derrate deteriorabili ed ai mezzi speciali da usare su tali trasporti”, aprobado en Ginebra en 1 Septiembre 1970 (ATP); Ley nº 67 de 3 Febrero 1979, “Adesione alla convenzione internazionale sulla sicurezza dei contenitori”, aprobada en Ginebra el 22 Diciembre 1972 (CCS); Decreto Presidencial nº 404 de 29 Mayo 1979, “Regolamento di esecuzione della l. 2 maggio 1977 n. 264”; Ley nº 242 de 27 Abril 1982, “Adesione al protocollo di modifica della convenzione del 19 maggio 1956 relativa al contratto di trasporto internazionale di merci su strada (CMR)”.

de Tráfico y Transporte bajo Concesión (“Motorizzazione civile e dei trasporti in concessione”) –art. 32-, mientras que la realización de la segunda clase de transporte está condicionada a la inscripción en el Registro Nacional y al otorgamiento de una autorización especial para esta finalidad.

El art. 50 de la referida Ley establece un sistema de tarifas en horquilla (“tariffe a forcella”), es decir, con un límite mínimo y un límite máximo, que solo se aplica en caso de transporte por cuenta ajena (el transporte por cuenta propia se considera hecho sin remuneración).

Y el siguiente art. 51 aclara que la tarifa es de libre determinación, dentro del referido umbral de límites mínimo y máximo.

Finalmente, los arts. 52 y 53 establecen los criterios y el procedimiento para la fijación de dicha horquilla tarifaria.

Hay un debate entre los comentaristas jurídicos sobre si la referida Ley nº 298 de 1974 ha supuesto cambios en la naturaleza jurídica del transporte por cuenta ajena y ha afectado, al final, a la aplicabilidad de la normativa del Código Civil sobre el transporte por carretera.

Conforme a un primer criterio, y en virtud de la legislación especial, “el contrato de transporte de algún modo ha quedado excluido del sistema iusprivatista del Código Civil como resultado del amplio recurso a regulaciones que lo sustituyen, es decir, legislación especial que parece haber condicionado las instituciones tradicionales de Derecho privado a los propósitos de la política de transportes”, de manera que “la regulación del Código Civil relativa al transporte de mercancías por carretera, en su conjunto y como originariamente quedó concebida, en la actualidad sólo es capaz de regir unas pocas situaciones económicas y jurídicas”⁴.

Por contraste, y conforme a otro criterio, “la legislación especial ha introducido previsiones que son sobre todo de carácter administrativo, y no afectan al régimen jurídico privado del Código Civil”, teniendo en cuenta que las efectivas innovaciones son dos: a) el establecimiento de un Registro Nacional de transportistas por carretera, con inscripción obligatoria (art. 1,3) –al respecto, debe observarse que la realización de transportes sin haber cumplido este requisito está sujeto a fuertes sanciones de carácter penal (art. 26)-, y b) el establecimiento de un sistema de “precios regulados” –la ya referida tarifa “en horquilla”, cuya no aplicación conlleva sanciones sólo administrativas (art. 58,4)⁵.

Los partidarios de uno y otro criterios, para probar sus respectivas tesis, se refieren a la Ley nº 162 de 27 Mayo 1993, cuyas reglas anterior-

4 RIGUZZI M. Il Contratto di trasporto stradale, vid supra, p. 30 y 85-86.

5 BUONOCORE, I contratti di trasporto e di viaggio, vid supra, p. 129-130.

mente estaban incluidas en el Decreto-Ley nº 82 de 29 Marzo 1993, que exige para el contrato de transporte la forma escrita, bajo pena de invalidez, para evitar el incumplimiento. En efecto, la referencia a esa Ley se hace respectivamente: desde el primer criterio, para afirmar que un requisito uniforme de Derecho privado (forma del contrato) ha sido incluido en un contexto normativo de Derecho público, motivado por un propósito de interés general (prevención de cualquier incumplimiento); y desde el segundo criterio, para argumentar que la naturaleza jurídico privada de la institución no queda afectada, teniendo en cuenta que el legislador ha actuado de esa manera también respecto a la actividad de mediación o agencia, sin distorsionar la regulación básica.

La diferencia de opinión parece surgir de un malentendido más que de un problema sustancial.

De hecho, el sistema jurídico en vigor ha incluido un profundo y severo control público sobre el fenómeno del transporte, que ha hecho surgir una normativa ya no basada en la libertad de las partes. Debe observarse, sin embargo, que la influencia del Derecho público no afecta tanto a la naturaleza del contrato de transporte como al fenómeno del transporte en su conjunto, como una serie de actividades tendentes al transporte de mercancías por carretera que requiere una regulación integradora, entre las cuales el contrato -sin perder su naturaleza jurídico privada- es sólo uno de los numerosos aspectos que han de ser regulados. Por ello, un estudio de los problemas del transporte no puede ser limitado a los aspectos contractuales, sino que también han de tenerse en cuenta los aspectos evolutivos de todo el sistema⁶.

3. Del transporte integrado a la gestión de servicios logísticos

La presente situación permite creer que la tendencia a un sistema integrado en la organización del transporte ha tomado una importancia inconcebible hasta hace poco tiempo, y, como resultado del desarrollo de la globalización del comercio y del mercado, cada vez se pone más atención en el transporte, y más específicamente, en el transporte intermodal.

El transporte integrado de varias particulares mercancías, hecho por una sola entidad, es -al menos formalmente- un fenómeno bastante reciente, que está vinculado a la difusión de nuevas unidades acondicionadoras.

Es bien sabido que el desarrollo del transporte de puerta a puerta se debe, en gran parte, al contenedor, que al hacer posible el sistema modular también para cargas fraccionadas, ha permitido una notable reducción en los costes de las operaciones de carga y descarga, junto a una mayor rapidez en su realización⁷.

6 XERRI, Il trasporto nel diritto marittimo, nel diritto della navigazione, nel diritto dei trasporti e sua evoluzione verso l'integrazione del sistema, in *Trasporti e globalizzazione*, vid supra, 17 et seq..

Tras la introducción de unidades de dimensiones normalizadas, los medios e infraestructuras creados para la manipulación y traslado de tales unidades de carga a su vez han contribuido a la normalización de todas las operaciones relativas a los contenedores durante el viaje.

Este fenómeno también ha supuesto, como resultado, una disminución de los riesgos vinculados a las diferentes etapas del transporte, y la atribución a una única empresa de la responsabilidad por todas las operaciones requeridas para el transporte de puerta a puerta.

Dicho aspecto representa lo último en la secuencia de las teorías relativas al transporte en contenedores. Partiendo del concepto de la absoluta autonomía de las relaciones operativas entre la empresa remitente y los transportistas, una teoría sobre la interconexión de las diferentes partes empresariales ha sido progresivamente construida, terminando por la atribución a una sola empresa la responsabilidad de controlar todo el complejo ciclo, desde el lugar de carga hasta el lugar de destino⁸.

El proceso evolutivo que afecta al Sector del transporte también ha tenido consecuencias desde el punto de vista jurídico. Por una parte, cuando se trata de cuestiones relativas al transporte, los juristas todavía tienen que abordar una gran cantidad de problemas surgidos de las modalidades y especialmente del ritmo de los cambios, que con frecuencia no les permiten identificar y/o preparar una regulación adecuada. De hecho, hay siempre un trecho entre los avances de la realidad y la legislación, pues ésta distingue el transporte conforme al criterio sujeto-materia, por tanto produciendo una regulación compleja, aunque reconducible a la unidad, en el contexto económico la actividad en cuestión tiende a ser atribuida, con todos los riesgos y responsabilidades conexos, a una sola empresa.

7 vid SPASIANO, Container, problemi giuridici, in Riv. Dir. Nav.1968, I, 89 et seq.; BERLINGIERI, Problemi giuridici del trasporto in containers, in Dir. Mar. 1971, 146; LOMBARDI, Problemi e prospettive del trasporto terrestre di merci in containers, in Trasp. 1974, 73 et seq.; RIGHETTI, L'assicurazione sopra containers, in Trasp. 1982, 82 et seq.; ID, Containers, in Dig. Priv. Comm, sect. III, Turin 1988, 464; ZUNARELLI, La nozione, vid supra; PASINO, I contratti di utilizzazione dei containers, in Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica dei trasporti, della navigazione e del turismo, Milano 1996, 349 3 et seq.; BOI, Sull'applicabilità ai containers del limite del debito del vettore, in Dir. mar. 1986; ID, Problemi relativi alla individuazione della parte che effettua lo stivaggio delle merci in container, in Dir. mar. 1992; ID Il trasporto marittimo a mezzo container: la giurisprudenza italiana di fronte al dato normativo, in Studi in onore di Antonio Lefebvre d'Ovidio, Milano, 1995, 153; ID, Validità delle riserve in polizza nel trasporto di merci in container, in Dir. mar. 1998; ANTONINI, Profili assicurativi nel trasporto di merci sopra coperta, in Trasp. 1986; ID, Vecchi e nuovi spuntiolutivi dei problemi giuridici del trasporto a mezzo container, in Il Trasporto multimodale nella realtà giuridica odierna editado por RICCOMAGNO, Torino 1997, 9 et seq.; SILINGARDI, Il regime della responsabilità nel trasporto multimodale, in Il trasporto multimodale, vid supra; GENNARI, Recenti dicta giurisprudenziali in materia di trasporto marittimo a mezzo contenitori, in Dir. trasp. 1997; RICCOMAGNO, La risoluzione delle controversie nel trasporto multimodale, in Trasp. 1998,45 et seq.; BATINI, Il trasporto a mezzo containers nella giurisprudenza italiana ed internazionale: L'esperienza di Common Law: il caso m/n "River Gurara" in Trasp. 2000

8 ORIONE, Brevi riflessioni in tema di utilizzazione da parte del caricatore di container messi a disposizione del vettore, in Dir. mar. 1992; ID, L'attività logistica del vettore multimodale, in Il trasporto multimodale, vid supra; MASUTTI, Le prestazioni di logistica ed i contratti di trasporto e di deposito, in I servizi di logistica. Aspetti operativi e giuridici, Torino, 1999; MIDORO, La differenziazione dei servizi di trasporto intermodale, in Trasp. 2000,147; VOLTA, Il trasporto merci dall'outsourcing al cosourcing, Milano 2000.

4. Del multimodalismo a la logística

La identificación de un Operador de Transporte Multimodal, que es diferente de los usuales “couriers”, no puede quedar limitada a una definición del transporte multimodal como una mera suma de transportes realizados por varios modos. La experiencia de organización requerida, así como la amplia discrecionalidad de que el operador necesita disponer, hacen su actividad completamente nueva y diferente de actividad llevada a cabo por los transportistas tradicionales⁹.

Este fenómeno, sin embargo, ha ido durante mucho tiempo mucho más allá del multimodalismo. Hoy en día el transporte es una parte integrante del ciclo de producción y contribuye a integrar la llamada actividad de logística, “incluyendo varios servicios muy distintos entre sí y encaminados a la gestión de operaciones relativas a la distribución de los productos de una empresa”¹⁰. Consecuentemente, la empresa que solo puede ser un operador individual¹¹, debe también gestionar las actividades de distribución, manipulación, embalaje, almacenaje y custodia del producto¹².

Así, el operador logístico termina por gestionar todas las funciones comerciales, convirtiéndose en una figura cada vez más amplia y compleja, desde luego muy diferente de los tradicionales intervinientes en la actividad del transporte (es decir, transportista, transitario, agente marítimo)¹³. Mientras el nuevo fenómeno del transporte multimodal puede ser referido, en términos legales, como una disciplina aplicable a varios tipos de contratos de transporte, la compleja naturaleza de la logística supone, en esos mismos términos de legislación aplicable, el manejo de varias clases de contratos, no solo de transporte, sino de esas otras actividades: garantías para las mercancías, búsqueda de servicios, etc¹⁴.

A los transportistas unimodales han seguido los operadores multimodales, y a éstos los operadores logísticos. Mientras, por una parte, esta circunstancia no ha afectado demasiado las instituciones básicas de la

9 V. SILINGARDI - LANA, Il trasporto multimodale, cit., 17 – 18; VERMIGLIO, La nozione di trasporto multimodale e la sua qualificazione giuridica, in Il trasporto multimodale, edited by Riccomagno, vid supra, 9 et seq.; MAGNOSI, Dal trasferimento all’“attività di logistica”: qualche spunto di riflessione su un’evoluzione giuridica, in Trasporti e globalizzazione, materiali per una ricerca, editado por XERRI, Cagliari, 2004, 177 et seq.

10 MASUTTI, Le prestazioni di logistica ed i contratti di trasporto e di deposito, in I servizi di logistica. Aspetti operativi e giuridici, Torino, 1999, 67.

11 Cfr. ORIONE, L’attività logistica del vettore multimodale, in Il trasporto multimodale, editado por Riccomagno, cit., 163 et seq..

12 MASUTTI, see above, 68 – 69; MIDORO, La differenziazione dei servizi di trasporto intermodali, in Trasp. 2000, 147 et seq.: “Hoy tanto el servicio de muelle a muelle por vía marítima y el transporte de puerta a puerta, a través de la coordinación y el control de todos los puntos vitales marítimos, portuarios, de carretera y ferroviarios, presentan rasgos comunes, y el suministro de estos servicios es hoy un presupuesto, una condición esencial que los clientes globales exigen, La calidad en el transporte marítimo y en el transporte multimodales la condición necesaria para la competitividad”.

13 El remoto origen de la logística es puesto de relieve por ORIONE, Op. et loc. ult. cit.; VOLTA, Il trasporto merci. Dall’outsourcing al cosourcing, Milano, 2000, 39 et seq..

14 V. MASUTTI, vid supra, 69.

regulación del Código Civil sobre el contrato de transporte, sin embargo y por otra parte, la utilización de contratos mediante los cuales las empresas suministran servicios que van mucho más allá del clásico contrato de transporte, sin duda hace surgir el problema de calificar.

En conclusión, el transporte ha traspasado sus propias fronteras, y aparece el riesgo de que las nuevas actividades ya no pueden referirse por más tiempo al tradicional servicio de mero desplazamiento. Como resultado, puede afirmarse que la institución del transporte en adelante ya no concierne sólo al Derecho privado (naturaleza del contrato, responsabilidad, documentos de transporte y aplicación vinculada a ello de reglas y principios), sino que, como un fenómeno complejo, debe ser examinada en todos sus aspectos del Derecho (internacional, comparado, de la Unión Europea, público) incluso desde fuera del Derecho (técnica, economía), es decir, desde un punto de vista global¹⁵.

El problema ya no es determinar si el contrato de transporte combinado (o multimodal, o integrado), a través de la aplicación de las reglas del Código Civil además de las del Código de la Navegación, incluye la identificación de nuevos principios y la creación de un nuevo Derecho del transporte independiente del Derecho de la navegación, sino que se necesita comprender cómo el fenómeno evoluciona, empezando por la integración económica y terminando por convertirse un factor de estrategia y planificación, que debe ser examinado en términos de Derecho público económico, Derecho constitucional, y de la relación entre Derecho de la Unión Europea y Derecho nacional, pese a mantener como fondo el Derecho de la navegación.

Por tanto, el transporte se ha convertido en una institución de naturaleza global, en cuyo contexto los elementos que conciernen a relaciones personales y privadas, actualmente reguladas por el Derecho de la navegación, el Derecho mercantil y el Derecho privado, deben ser examinadas junto con aquellos que se refieren al sistema.

Esta evolución puede ser advertida a escala internacional, con referencia al nivel de la Unión Europea (basta pensar en su política de transportes), pero está ahora afectando también al contexto nacional.

En este sentido, debe recordarse que el “polifacetismo” de este Sector lleva a las naciones a usar todas las formas posibles de cooperación internacional, a la luz de su necesidad de encontrar soluciones comunes a nivel internacional ante un fenómeno que ya no puede limitarse a cada sistema nacional. Lo conlleva una evaluación “política” en términos de transferencia del poder soberano de los estados¹⁶.

15 XERRI *Trasporto e globalizzazione, materiali per una ricerca*, p. 54-55, vid supra.

16 ViMd UNARI – SCHIANO DI PEPE, *Sovranità e trasporti: organizzazioni internazionali e fonti normative indirette*, in *Dir. Mar.* 2002, 107.

Por tanto, en nuestro sistema jurídico, aunque a veces es deseable modificar el régimen aplicable para permitir a las empresas implicadas hacer frente a las nuevas tendencias, algunos valores inveterados de nuestra tradición jurídica nacional no deben ser olvidados, siendo necesario contrapesar la eficiencia comercial (un propósito que puede ser buscado de conformidad con la normativa europea comunitaria) con la protección a las personas y al medio ambiente, que son valores salvaguardados por la Constitución, y las necesidades de disciplina jurídica con las de la sistemática, que están tan profundamente arraigadas en nuestra tradición y experiencia cultural.

Es innegable que también a nivel nacional la evolución hacia la internacionalización y la integración, es decir, la globalización, no puede ser olvidada por la legislación y por la interpretación y la reconstrucción sistemática, en todos sus aspectos que hemos examinado. No obstante, debe mantenerse algún espacio -también en términos de principios- para los tradicionales valores nacionales, de manera que nuestra experiencia cultural y nuestra educación tradicional (basada en la identificación de principios, con su alcance convirtiéndose cada vez más amplio, con el resultado de crear nuevas ramas jurídicas) puede contribuir a la armonización e integración de los varios sistemas.

Para una mejor realización del proceso, debe ser un propósito fundamental comprender los peligros de un proceso de uniformización que afecte a la respectiva identidad nacional y tradición cultural, y sugerir alternativas adecuadas para garantizar el equilibrio.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

5. SEGUROS DE TRANSPORTE

EL SEGURO DE TRANSPORTE POR CARRETERA DE VIAJEROS Y MERCANCIAS

Por

Raúl GONZÁLEZ HEVIA

Abogado especialista en Seguro de Transportes

Ex-Subdirector General de MUSINI

Ex-Presidente del Comité de Transportes de UNESPA

(Madrid)

En recuerdo lleno de cariño y respeto a la persona y obra de mi entrañable amigo y compañero D. Francisco Miguel Sánchez Gaborino, que Dios tenga en su gloria, se esboza esta presentación con la intención de aclarar y divulgar algunas de las modalidades de seguro relacionadas con el transporte por carretera.

1. Introducción

Cuando los transportistas ejercen su actividad se comprometen, por el pago de un precio, a llevar personas o bienes desde un lugar definido hasta un destino definido, obligándose a desplazarlos, desde el punto de partida al de llegada (el mismo en los viajes de ida y vuelta), con frecuencia, por un itinerario predeterminado. Y como conocen los riesgos que implica su actividad, presidida por la noción del resultado de traslado incólume de personas o cosas, tras inventariarlos y analizarlos, adoptan medidas para reducirlos, soportarlos o transferirlos al seguro. Unas veces acudiendo a intermediarios, corredores y asesores para controlar sus costes, en términos de primas y siniestros, y otras optando por su propia gerencia de riesgos.

Estos son los derivados del transporte de personas, en virtud de un billete, y de bienes o mercancías en los términos de un albarán de entrega o carta de porte. En el primero de personas, no aparecen las figuras del cargador y el destinatario ni las obligaciones de entrega, recepción, carga, estiba (o acondicionamiento), custodia y entrega al consignatario, o depósito judicial, inherentes al segundo. Además, la conducta culposa del viajero puede modificar la responsabilidad del porteador, de ser la única causa de un daño sufrido por aquel. Ambos se suelen considerar consensuales en los trayectos concertados por encargo en los que se define el lugar en que será puesto el vehículo a disposición de los viajeros o cargadores, tras convenir precio y condiciones. En las líneas regulares la referencia obligada son las cláusulas y condiciones generales, impresas o difundidas en red, a que se adhieren viajeros y cargadores.

En estas páginas nos centramos sobre la respuesta del seguro relativa a la cobertura de las lesiones, los daños y las responsabilidades derivadas de la actividad que son objeto de pólizas de seguro de accidentes, de daños y de responsabilidad en relación con el transporte de viajeros y mercancías, dejando en manos de pluma más autorizada las de daños y responsabilidad relacionadas con el uso y circulación de vehículos y las de incendio, lucro cesante y responsabilidad de las empresas.

En relación con las modalidades de seguro citadas, ha de subrayarse que España fue pionera en implantar, en 1928, el "Seguro Obligatorio de Viajeros", o por su acrónimo "SOV", que en la actualidad es una modalidad de Seguro Privado de Accidentes Individuales para indemnizar a dichos viajeros o a sus derechohabientes, cuando sufran daños corporales en accidente, con ocasión de desplazamiento en un medio de transporte público colectivo de personas.

Las pólizas de mercancías en España como en todo el mundo, se establecen para cubrir los daños materiales de las cargadas para su transporte, a los interesados en las mismas, unas veces mediante condiciones y cláusulas redactadas para asegurar el transporte terrestre por carretera y por ferrocarril y otras con textos preparados para el seguro marítimo.

Las pólizas de seguro de responsabilidad del mismo modo, cubren la establecida, en virtud del Ordenamiento español y los extranjeros de aplicación a los transportistas, en cuanto suponga un quebranto patrimonial para los transportistas asegurados. Si bien, como hemos indicado, la derivada del uso y circulación de vehículos a motor, objeto de suscripción obligatoria (Reglamento aprobado por RD 2641/1986, de 30 de diciembre), que no es objeto de éstas páginas.

2. Elementos personales:

A) Tomador, asegurado, beneficiario

Como los demás contratos, los de seguro consisten en un acuerdo de dos o más voluntades dirigido a producir efectos jurídicos, que como mínimo requiere la intervención de dos personas.

La primera es el transportista quien, por regla general, es el que decide traspasar o no el riesgo a, la segunda, una entidad aseguradora mediante el pago de una prima, puesto que sus "bienes o persona están expuestos al riesgo" (1)

En el transporte por carretera coexisten pequeños, medianos y grandes empresarios, cuyo tratamiento a efectos de la cobertura del seguro presenta matices muy diferentes.

Los primeros, pequeños y medianos, se benefician de la tutela de los órganos de la Administración, prevista en el texto inicial de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro (LCS). Pero dicho texto legal ha sido objeto de modificaciones para adaptarlo primero a las exigencias de la legislación comunitaria; y, asimismo, para: introducir normas de derecho internacional privado; suprimir la distinción entre "agentes afectos" "agentes libres" (denominando a éstos últimos "corredores"); y, recoger las innovaciones establecidas en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 107, del Título IV, de la redacción vigente de la LCS, son grandes empresarios del transpor-

te terrestre los que superan los límites de, al menos, dos de los siguientes criterios:

- total de su balance > 6.200.000 €
- importe neto del volumen de negocios > 12.800.000 €
- número de empleados durante el ejercicio > 250 personas

Datos que reflejan magnitudes que les permiten contratar en plano de igualdad, con pleno conocimiento y especialización empresarial, por lo que los ordenamientos coinciden en dejarles amplia libertad para la contratación de pólizas de seguro, e incluso, libertad de elección sobre la ley aplicable a las mismas.

Es posible sin embargo que quien suscriba el contrato con el asegurador, actuando en su propio nombre, sea una persona distinta del asegurado. En este caso aparece la distinción entre el contratante, o tomador del seguro, que toma parte en el contrato, y el asegurado que es el titular del interés.

El tomador, cuando se produce la contratación por cuenta ajena, gestiona el interés del asegurado, ya que mediante el contrato se preocupa de su protección o, como indica GARRIGUES, “aquel que suscribe el contrato, asumiendo las obligaciones que del mismo se derivan”(1)

La identificación personal del asegurado no sólo supone en estos contratos la física normal en cualquier caso, sino también la que se refiere a la condición en que actúa, puesto que el asegurado puede obrar por cuenta propia o ajena o en nombre propio y por cuenta ajena, siempre que justifique un interés asegurable. Como lo tiene, por ejemplo, el comisionista de transportes lo tiene en la conservación de la carga que transporta el mismo o entrega a un tercero porteador efectivo.

Pueden intervenir además otras personas, como el beneficiario, con “derecho a la prestación del asegurador”, según GARRIGUES, que en seguros de accidentes y de transporte puede ser la persona a la que la póliza o un documento complementario atribuyen “el derecho a la indemnización en caso de siniestro con independencia de que sea titular o no del interés asegurado y con independencia de que haya sufrido o no perjuicio alguno”.

Respecto del tercero perjudicado, la relación nace de la concurrencia de un hecho dañoso previsto en un seguro de responsabilidad civil, que le legitima para exigir el resarcimiento de los daños al asegurado.

Se puede decir que la calidad de asegurados nace pues de la relación con el interés asegurado y no de ser contratantes directos, o tomadores. Cuando el asegurado contrata por si mismo se da una plena coincidencia subjetiva entre asegurado y tomador, situación que puede darse como seguro por cuenta propia, en la modalidad de mercancías aunque actúe a través de un representante o mandatario. Este no necesita poder

especial para contratar y basta la ratificación del asegurado, incluso después de un siniestro, en aras de la conservación del contrato. Distinto es el caso del seguro contratado en nombre propio, pero por cuenta ajena, del artículo 7 de la LCS, que tiene hondas raíces históricas en el seguro de mercancías puesto que con frecuencia quien recibe el encargo de asegurárselas no sabe a quien pertenecen. Ello les ocurre, a veces, a los transitarios, depositarios o consignatarios y, también, se produce en las ventas de plaza a plaza en sus distintas modalidades (ver "INCOTERMS 2000"). Como sugiere Ruiz Soroa, la solución ha de optar por un seguro "por cuenta propia y ajena"

B) Aseguradores

Son quienes estando autorizados para ejercer las modalidades de accidentes, mercancías y responsabilidad, asumen a cambio de un precio –prima– el riesgo de tener que subvenir las consecuencias patrimoniales de determinados eventos –siniestros–

La técnica y el desarrollo del seguro en todas sus ramas exigen su explotación sistemática y profesional por empresas dedicadas a ello en exclusiva. La forma jurídica varía desde la unipersonal, que en la UE todavía subsiste de modo casi excepcional en las personas de algunos miembros suscriptores del Lloyd's, hasta la mutual o la societaria que permite dar mayor continuidad y seguridad a las entidades aseguradoras

3. Las pólizas

3.1. Pólizas de seguro de accidentes

Garantizan a las personas contra las consecuencias económicas derivadas de accidentes corporales debidos a una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, hasta los límites establecidos en la póliza:

- el pago de un capital en caso de muerte
- el pago de un capital en caso de invalidez permanente
- el pago de una cantidad diaria en caso de invalidez temporal
- la prestación sanitaria expresamente pactada

Las exclusiones más comunes son las relativas a:

- enfermedades no provocadas por un traumatismo
- los efectos de influencias térmicas y atmosféricas
- lumbago, hernias e intervenciones quirúrgicas no motivadas por un accidente
- suicidio o intento de suicidio
- lesiones relacionadas con desvanecimientos o síncope
- consecuencias de perturbación mental o embriaguez
- lesiones consecuencia de imprudencias o negligencias graves
- lesiones en carreras, apuestas o competiciones

- siniestros de carácter extraordinario a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros
- fuera de España, salvo pacto expreso, los relacionados con guerra y huelgas, etc.

Sus modalidades:

Según el número de personas objeto de la cobertura, pueden ser individuales, o acumuladas o colectivas.

Las individuales se establecen para una persona que queda identificada en la póliza.

Las acumuladas o colectivas se emiten para cubrir un grupo de personas que tiene alguna característica común como puede ser su pertenencia a empresas, entidades colectivas, colegios, etc., su contratación puede llevarse a cabo:

- con relación nominal de asegurados y asignación de los respectivos capitales
- para un número de asegurados sin reflejo de su identidad, pero contando con la referencia a medios de comprobación como las altas en la seguridad social, el libro de matrícula, etc.,

La normativa del "SOV" de amplia tradición, ha sido reiterada por la Ley 16/1987, de 30 de julio, sobre Ordenación del Transporte Terrestre, y por el R. D. 1575/1989, de 22 de diciembre, para poner de relieve su carácter obligatorio y "ampara a todo viajero que utilice medios de locomoción destinados al transporte colectivo de personas" incluido el "marítimo español, en todos los viajes que realicen y tengan su principio y fin en territorio español, sin limitación de destino" (ver en este sentido los artículos 2, párrafo 1, y 4 apartado b de dicho texto).

La solución que aporta el "SOV" es compatible con cualquier otro seguro de accidentes concertado por o para el viajero, y no libera a las empresas transportistas de la responsabilidad en que pudieran incurrir por el transporte de personas ni da lugar a reducción de las indemnizaciones que pudieran derivarse de la expresada responsabilidad.

A caballo entre los de daños y de vida el "SOV", los transportistas han de concertarlo con cualquier entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de accidentes individuales, en virtud de lo previsto en el artículo 5 del mismo texto.

3.2. Pólizas de mercancías o facultades

Garantizan la indemnización de los daños materiales y la desaparición de las mercancías con ocasión de su transporte.

En virtud del principio indemnizatorio se impide al asegurado percibir una cantidad superior al importe de dicho daño y se exige al benefi-

ciario un interés asegurable. Dicho interés está claro en el propietario pero, también, tiene un interés legítimo cualquiera que ostente un interés económico, o pecuniario en su seguridad como, por ejemplo, el depositario de la mercancía.

La legislación española prevé que el seguro se formalice por escrito y exige al asegurador que entregue al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional.

Las Condiciones generales de uso más común en esta modalidad, reflejan:

Los textos elaborados, entre 1927 y 1934, en nuestro país para el Seguro Marítimo de Mercancías, recogen la cobertura de las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres para Mercancías, entonces vigentes, adaptada a nuestro Código de Comercio, en una refundición que establece una cobertura más amplia que las redactadas para el transporte terrestre.

Pero como su texto, aunque no hubiera sido tachado de ambiguo por nuestros tribunales, estaba anticuado, los aseguradores españoles, desde la década de los sesenta, se plantearon su sustitución que, tras dos proyectos que no llegaron a buen término, se impulsó con la entrada en vigor de la LCS, que sustituyó en materia de seguro de transporte la normativa de los artículos 1971 a 1979 del Código Civil, 380 a 438 del Código de Comercio y otras disposiciones concordantes por sus artículos 55 a 62, y vino a impulsar la redacción de un nuevo texto.

Las entidades agrupadas en "UNESPA", reunieron un comité de expertos que preparó unas Condiciones Generales para el Transporte Terrestre, que, una vez aprobadas por la Dirección General de Seguros, establecieron una cobertura menos amplia que la de las anteriores, pero adecuada para muchos asegurados. Esta se sigue utilizando en pólizas de pequeños y medianos transportistas e incluso, con ligeras modificaciones, en algunas de grandes riesgos.

Con posterioridad, también, algunas entidades prepararon sus propias Condiciones Generales, sobre todo después de superarse el requisito de aprobación previa por la Dirección General de Seguros.

Una y otras se amplían, a través de otras particulares y especiales y de cláusulas como las del Instituto de Londres,, para adaptar la cobertura a los contratos de compraventa de la mercancía o las exigencias de quienes la financian. De modo que las pólizas, las aplicaciones y los certificados emitidos para cada expedición o embarque, cumplan las obligaciones derivadas de los contratos de compraventa, exportación e importación, para que el seguro permita a vendedores y compradores controlar sus posiciones, del mismo modo que la banca facilita las transacciones a través de los créditos documentarios.

Según nuestro Tribunal Supremo: "las pólizas se han de regir por los pactos lícitos consignados en ellas"; "la oscuridad es imputable a la empre-

sa aseguradora”; y “en caso de discrepancia entre las generales y las especiales, hay que atenerse a éstas, porque es regla de interpretación la preferencia de lo especial o particular sobre lo general, y porque las cláusulas especiales tienen por objeto aclarar o alterar lo convenido en las condiciones comunes, sobreponiendo a éstas un sentido más concluyente y más concretamente adaptable al caso singular de que se trate”.

Las condiciones particulares, incluidas como consecuencia de pactos previos entre las partes contratantes, expresan la voluntad de estos con toda autonomía en cuanto modifican y derogan lo establecido en las generales o en otras que puedan ir incluidas en póliza. En la práctica varían de un contrato a otro y reflejan pactos, derivados de la actividad negociadora, en una técnica que las aleja de la contratación que nuestro Tribunal Supremo considera de “adhesión”, pese a la lógica uniformidad de los textos suscritos.

Riesgos cubiertos y excluidos

Las coberturas de más amplia difusión, de las que se suelen utilizar en transporte, son las de la versión “A” de las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres para Cargamentos (“ICC – A”), que incluyen en un texto redactado para el tráfico marítimo y multimodal: “todas las pérdidas o daños de origen fortuito” excluyendo, con toda lógica, las que se deban a: conducta dolosa del asegurado; retraso o demora; desgaste o uso habitual; mermas y derramas usuales; roturas habituales en mercancías frágiles; vicio propio o inherente a la naturaleza de la mercancía; insuficiencia del embalaje; guerra, etc.(aunque si incluyen piratería); huelgas; -insolvencia de armadores, fletadores y operadores de buques; armas nucleares; e innavegabilidad del buque o inadecuación del medio de transporte (a no ser que el asegurado no tenga conocimiento de ellas y sea por lo tanto víctima de las mismas)

Otras alternativas son las de las Cláusulas “B” y “C” del mismo Instituto, la cláusula española de “Todo Riesgo Accidental de Mar”, o la cobertura de las Condiciones Generales para el Seguro Marítimo y el de Transporte Terrestre de Mercancías de nuestro mercado español, que establecen coberturas menos amplias que cargadores, transportistas y destinatarios han de decidir si se adaptan a sus necesidades y las exigencias de quienes financian sus operaciones.

Cuando unas y otras cubren envíos a lugares en los que surgen o pueden surgir complicaciones bélicas o laborales, se pactan coberturas específicas para garantizar los riesgos de guerra y huelgas.

La inclusión de cláusulas extranjeras, sobre todo inglesas, entre las condiciones particulares, aún en los seguros de grandes riesgos, plantea problema en cuanto se trata de dotarlas de elementos que permitan acoplarlas a nuestro sistema y facilitar su interpretación, como ya señaló nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de mayo de 1961. Este planteamiento conviene tenerlo presente, puesto que la normativa reciente

corroborar la aplicación del principio de plena autonomía de la voluntad a los seguros de grandes riesgos del transporte. Permitiendo su sometimiento al Derecho de un estado miembro de la UE o, incluso, de otro país fuera del ámbito comunitario.

Pero pese a la influencia de las soluciones anglosajonas sobre transporte y seguro, para interpretar en España las condiciones inglesas por medio del derecho que rodeó a sus redactores, habría de invocarse y probarse dicho derecho extranjero, que por el mero hecho de serlo trata nuestro ordenamiento como simple hecho que habrá de demostrar la parte que asuma la carga de la prueba, teniendo presente que en materia de contratos lo que importa es la declaración de voluntad contenida en los mismos, es decir las palabras utilizadas, y que las normas de interpretación no podrán ser otras que las de nuestro país. Por ello en la década de los noventa al objeto de mejorar, en lo posible, ésta situación se elaboró una póliza española de mercancías que integra más adecuadamente las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres.

Designación y valoración de las mercancías

El objeto asegurado deberá ser expresado en la póliza con suficiente precisión y habrán de tenerse en cuenta, a tal efecto, las consideraciones y usos que regulen su designación.

En cuanto a su valoración se refiere, ha de tenerse en cuenta el principio que sienta el artículo 27 de la LCS, de que la suma asegurada representa “el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro”.

Pero los gastos de salvamento quedan al margen de dicho límite y, además, las partes, de común acuerdo, pueden fijar el valor del interés asegurado, entendiéndose que la póliza es estimada cuando asegurador y el asegurado hayan fijado en ella “ el valor asignado al interés asegurado”

Una breve incursión por el Derecho comparado nos confirma que la “Marine Insurance Act (MIA)” inglesa ya en 1906, en su artículo 27, incidía sobre el tema al definir las “pólizas valoradas” como “aquellas en las que se especifica el valor convenido del objeto asegurado”, y que la Ley de Seguros Marítimos francesa (LSM), de 1967, en su artículo 11, ordenaba la cuestión al decir que: “En ausencia de fraude, el contrato es válido hasta el valor real de los bienes asegurados y, si ha sido establecido de mutuo acuerdo, por toda la suma asegurada”.

En la práctica, de no hacerse mención expresa a que el seguro se concierta a valor estimado, se entiende suscrito a valor real con lo que la indemnización depende del valor de mercado de los bienes en el momento del siniestro y de su coste de reposición.

Vigencia, duración y alcance

El período durante el cual los aseguradores se hacen responsables de las pérdidas o daños cubiertos dependerá de si el contrato fue suscrito:

* A término, cuya duración depende del tenor de la propia póliza, si bien suele ser de un año a contar desde su entrada en vigor.

* Por viaje, que suelen cubrir la mercancía desde el momento en que se coloca en el vehículo de transporte, de “almacén a almacén” o de “puerta a puerta” e incluir transbordos, cambios de viaje y desvíos, según lo pactado en cada caso

Flotantes o abiertas, que admiten durante su vigencia todos los envíos declarados con valores inferiores a una cifra determinada, dentro de un ámbito e itinerarios establecidos (como las que ofrecen algunos transportistas a los usuarios de sus servicios) o, en muchos casos, sin que se conozca la identidad del transportista.

Son intereses asegurables los de los cargadores, receptores, destinatarios y agentes y de los implicados en la compraventa y transporte de mercancías, en cuanto recae sobre cosas en movimiento.

En ellas, el seguro “no puede ser un obstáculo a la circulación del bien transportado a través del ágil instrumento de los títulos de tradición (carta de porte, conocimiento de embarque, etc.), fácilmente transmisibles a través de la cesión o del endoso, de manera que el titular del derecho incorporado al mismo pueda realizar actos de disposición sin la tenencia física de las mercancías en cuestión” (2)

3.3. Pólizas de responsabilidad

Tienen por objeto garantizar a los asegurados el pago de las indemnizaciones de las que puedan resultar civilmente responsables conforme a derecho, por daños corporales o materiales y perjuicios ocasionados involuntariamente, que tengan relación con el transporte de viajeros y mercancías ejecutado por la empresa asegurada o con los gastos de defensa y fianzas civiles de reclamaciones cubiertas.

Las normas que regulan dicha responsabilidad, son las de Derecho público referente a su actividad y relación con la Administración Pública, transportistas, agentes y transitarios, y a la responsabilidad de la Administración por la concesión de líneas, ordenación y organización de la actividad; y, asimismo, las de Derecho privado referente a las relaciones contractuales con pasajeros, cargadores y consignatarios. Como señala GORRIZ, la responsabilidad contractual “se genera por la infracción de una obligación cuya génesis es la relación contractual, aunque su fuente sea legal” y su supuesto de hecho “está formado normalmente por el retraso en el traslado, por la muerte o lesiones físicas del pasajero y por la pérdida o avería de las mercancías” que implican un incumplimiento total o

defectuoso de las obligaciones de porte y custodia cuya consecuencia es la indemnización de los daños producidos.

Pero las relacionadas con la responsabilidad derivada del uso y circulación de vehículo a motor, ni cubren la del porteador frente a los viajeros y a la carga, ni son objeto de este trabajo que se centra sobre las pólizas que cubren las relaciones contractuales de los transportistas con pasajeros, cargadores y consignatarios, pese a la dificultad que con frecuencia se suscita al tener que deslindarla de la extracontractual civil.

Así en materia de seguridad en el transporte de personas, sentencias como, por ejemplo, las de 9.XII.1949 y 30.IV.1959, en relación con lesiones de viajeros, hacen que la doctrina cuestione si las indemnizaciones, establecidas en ambas, se habrían logrado “invocando exclusivamente la existencia de una obligación contractual de seguridad”. De igual modo en daños a mercancías, el criterio del Tribunal Supremo, en sentencia de 10.V.1984, fue calificar la responsabilidad de extracontractual, por entender que: “no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, supuesto que en el caso debatido no se dio, en cuanto se trató simplemente de un accidente sobrevenido por una conducción defectuosa de un vehículo de motor al no observar el conductor las precauciones que venían impuestas por la carga que transportaba y el lugar en que el accidente ocurrió, derivándose en consecuencia que la Sala a quo, al atenerse a la acción extracontractual procedió, conforme a derecho”.

De tal modo que se demuestra la dificultad de delimitar la contractual de la extracontractual, como señala TUNC al aludir a que si llegaran a ser dos campos, cada uno con sus problemas particulares, pero sometidos a las mismas reglas (como las de los artículos 1101 y ss. de nuestro Código Civil), se suprimirían algunas extravagancias e injusticias.

El seguro en sus modalidades aérea y marítima delimita las coberturas a través de las condiciones aplicables a una y a otra pero sin desvincularlas. Así, en los seguros de las líneas aéreas, se separa la responsabilidad civil frente a pasajeros, respecto de la carga y en relación con terceros (no pasajeros), en pólizas con un sólo límite único combinado para todas y sublímites aplicables a cada una de ellas. En las marítimas de protección e indemnización (o por su acrónimo P&I) de armadores, fletadores y operadores, también se deslinda en una misma póliza o inscripción, la responsabilidad por colisión, contaminación, etc. de la referente a pasajeros y carga transportada.

En las modalidades terrestres, se puede optar:

- por combinar la cobertura de obligatoria de la extracontractual con la de voluntaria en exceso de la misma; para unir la de excedentes de

aquella con esta última, en una misma póliza que recopila la obligatoria citada, las garantías en exceso y la contractual

- por emitir pólizas separadas, una para la extracontractual, otra para la voluntaria en exceso de esta y otra para la contractual

Si bien es poco frecuente que se emitan combinadas las relativas al transporte de viajeros y al acarreo de mercancías.

Los aspectos de la normativa aplicable que más inciden sobre las condiciones de las pólizas, son:

En el Transporte de viajeros:

El Convenio de Ginebra de 1 de marzo de 1973 (“CVR”), que regula el internacional y que en caso de muerte, lesiones o cualquier otro detrimento a la integridad física o mental del viajero establece un régimen de responsabilidad por culpa presunta y sólo permite al transportista exonerarse si prueba que el accidente tuvo por causa circunstancias que no pudo evitar.

Su texto, que no entró en vigor hasta el 12 de abril de 1994, prevé que el transportista responderá de los actos y omisiones de sus empleados y de las personas a cuyos servicios recurra para la ejecución del contrato de transporte cuando actúen en el ejercicio de sus funciones y mientras un viajero “se encuentre en el vehículo o cuando entra o sale del mismo”, o “sobrevenido...de la carga o descarga de los equipajes” y limita la indemnización, en un mismo evento, por víctima a 83.333 DEG (177.924,29 €, al segundo trimestre de 2004).

A título de indicativo respecto de ésta referencia:

- el Convenio de Atenas de 1974 respecto del transporte marítimo de pasajeros que todavía es de 46.666 DEG (99.636,58 €), si bien podría llegar a 175.000 DEG (373.642,5 €) con la entrada en vigor del Protocolo de 2002;

- el Convenio de Montreal de 1999 respecto del transporte aéreo de pasajeros que es de 100.000 DEG (213.510,- €), y entró en vigor en la UE en virtud del Reglamento (CE)889/2002.

Pero en el régimen de Montreal 1999 por encima del límite el transportista para impugnar una reclamación ha de demostrar que “no hubo de su parte negligencia ni falta de otro tipo”, mientras que bajo el “CVR” sólo pierde el derecho a la limitación si resulta “de dolo o culpa grave”.

Su ámbito de aplicación, sólo alcanza a los transportes que tienen origen o destino en uno de los países firmantes (Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovaquia, Letonia, República Checa y Yugoslavia), pero pese al escaso número de países signatarios los jueces españoles podrían

verse obligados a aplicarlo aunque no haya aparecido en el BOE su texto.

El transporte interno en España en caso de accidente presenta concurrencia en el supuesto de muerte o lesiones de un pasajero de las coberturas automática del "SOV", antes citada, y de la responsabilidad del transportista ésta ha de referirse a:

1) El sistema de responsabilidad por culpa presunta (artículo 1183 del Código Civil), de la que el transportista se exonera sólo si prueba la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, además el artículo 352 del Código de Comercio, recoge las menciones que han de reflejarse en billete y talón de equipaje. Del mismo Código Civil también son aplicables los artículos 1601 a 1603, en lo que se refiere a las bases generales de disciplina contractual, y el 1783 y el 1784 sobre el régimen del depósito necesario.

2) La LOTT que estableció el marco normativo del sistema de transportes, exigió a las empresas un seguro que cubra su responsabilidad frente a pasajeros. Dicha obligatoriedad desaparece si están cubiertos bajo el Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos a Motor (Disp. Adicional 24ª de la Ley 14/2000 de 29.XII), pero obliga a plantear: ¿quien decide sobre la suficiencia de las coberturas?.

3) Las condiciones generales de transportistas españoles señalan que la responsabilidad incumbe a quien realiza efectivamente el servicio, y añaden que no responderán "de los incumplimientos que no le sean directamente imputables, ni tampoco de los producidos por caso fortuito, fuerza mayor, o por atender exigencias legales o administrativas", o de "las pérdidas de enlace de sus servicios con otros transportes". Pero como la limitación de responsabilidad del transportista por lesiones o muerte del viajero se considera abusiva y por tanto nula, la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU) aconseja la adopción, puesta al día e incorporación del "CVR" a las legislaciones nacionales.

En relación con el Transporte de mercancías

El internacional está regulado en el Convenio de Ginebra sobre transporte por carretera de mercancías ("CMR") de 19 de mayo de 1956, ratificado por España (BOE 7.V. 1974), que establece un sistema de responsabilidad por culpa presunta, y permite exonerarse al transportista que pruebe las circunstancias que no le permitieron evitar ni obviar sus consecuencias.

El período de responsabilidad bajo el "CMR", según el párrafo 1º, de su artículo 2, alcanza desde que el transportista se hace cargo de las mercancías hasta la entrega de las mismas e incluye, además, cualquier retraso en dicha entrega. El límite de compensación es de 8,33 d.e.g. por kilogramo. Ambas referencias, cabe relacionarlas con las de los textos aplicables al transporte aéreo,, marítimo, multimodal y por vía férrea como sigue:

| TEXTO | HAYA-VISBY | HAMBURGO | MULTIMODAL | CMR | COTIF-CIM 1999 | VARSOVIA | MONTREAL |
|------------|------------|---------------|--------------|------------|-------------------|-------------|---------------|
| PERIODO | Carga-desc | custod. Tpta. | custod. Tpta | | recep./ entreg | tpte. Aéreo | custod. Tpta. |
| LIM. RESP. | 667 DEG | 835 DEG | 920 DEG | | | | |
| DAÑOS | 2 DEG/K | 2,5 DEG/K | 2,75 DEG/K | 8,33 DEG/K | 8,33 DEG/K | 17 DEG/K | 17 DEG/K |

Los transportes especiales son objeto del Acuerdo Europeo sobre transporte de mercancías peligrosas por carretera (“ADR”) de 1 de agosto de 1977, ratificado por España (BOE números 266 a 278, noviembre de 1977) y el transporte interno se rige por los artículos 349 a 379 del Código de Comercio, los 1601 a 1603 del Código Civil, y la LOTT

En los seguros de responsabilidad del porteador frente a la carga transportada por carretera, las exclusiones en nuestro país suelen referirse, salvo pacto en contrario, a la contractual derivada del transporte de muestrarios, prensa, mercancía averiada, metálico o efectos bancarios, títulos valores, billetes de banco, lotería, alhajas y artículos de joyería y orfebrería, objetos de arte, encajes, bordados, colecciones, objetos perecederos, carnes, pescados y mariscos (frescos, refrigerados o congelados), animales y vegetales vivos, mercancías peligrosas, mercancías frágiles y electrónica, muebles, mudanzas, u otros similares.

La Subrogación permite a los aseguradores ejercitar cualquier recurso del asegurado contra terceros total o parcialmente responsables una la pérdida por la que hayan satisfecho una indemnización (ver arts. 43 y 55 de la LCS y art. 780 del C. de co.), y se produce siempre que el asegurado sea titular de un crédito a ser indemnizado por el causante del siniestro.

En el ámbito marítimo la sustitución contra el porteador es automática e inmediata: una vez pagada la indemnización, el asegurador queda legitimado; pero en el terrestre la subrogación, como indica Górriz, no lo es por lo que es necesario que manifieste su voluntad de ejercer los derechos y las acciones del asegurado y lo comunique así al tercero.

Con frecuencia salta a relucir la interrelación entre los seguros de mercancías y los de responsabilidad de los transportistas en los casos en que las pólizas son contratadas por depositarios, transitarios o porteadores que tienen un interés indirecto en la conservación de las mercancías, puesto que pueden llegar a ser responsables de su pérdida en caso de siniestro, en función de las normas sobre responsabilidad de los contratos de depósito o transporte, en cuyo caso, como señala Ruiz Soroa, puede entenderse que cubren: “no sólo el interés del propietario sino también el interés de responsabilidad del tomador”, cuestión que puede llegar a ponerse en duda a la vista de la Cláusula 15 de las “ICC” que prevé que el seguro “no se considerará en beneficio del porteador u otro depositario”

4. Bibliografía

BOQUERA MATARREDONA, Josefina: "CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA"

Universidad de Valencia, 2002

Tirant lo Blanch

BORRÁS, Alegría: "LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE". Publicado con motivo de las V Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, en 1997, bajo la dirección de José María de Eizaguirre, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Departamento de Transportes y Obras Públicas, Vitoria, 1998

BROSETA PONT, Manuel: "MANUAL DE DERECHO MERCANTIL". Editorial TECNOS, Madrid, 1971

COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL (CMI: "YEARBOOK 2002 ANNUAIRE"

GARRIGUES, Joaquin: "CURSO DE DERECHO MERCANTIL". 4ª Ed., Madrid, 1962

GARRIGUES, Joaquin "CONTRATO DE SEGURO TERRESTRE". Madrid, 1973

GONZALEZ HEVIA, Raúl: "LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO MARÍTIMO". Publicado en el volumen: "ESTUDIOS SOBRE EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD EN LA GRAN EMPRESA", dirigido por Fernando Sánchez Calero, y publicados en 1994 en Madrid.

GONZALEZ HEVIA, Raúl: "MANUAL DE SEGURO MARÍTIMO". Editorial MAPFRE, Madrid, 2ª Ed. 1980

GORRIZ LÓPEZ, Carlos: "LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS (CARRETERA, FERROCARRIL, MARÍTIMO, AÉREO Y MULTIMODAL)". Studia Albornotiana, Nº LXXVII. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001

HUALDE; Teresa: "EL TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA", Aranzadi, 1995

PULIDO BEGUINES, Juan Luis: "SEGURO DE MERCANCÍAS Y SEGURO DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR TERRESTRE"

JM BOSCH, EDITOR, Barcelona, 2001

RODIÈRE, René: "MANUEL DES TRANSPORTS TERRESTRES ET AÉRIENS». Manuels DALLOZ de Droit Usuel, Librairie Dalloz, Paris, 1969

RUIZ SOROA, José María; ARRANZ DE DIEGO, Angel; ZABALETA SARA-SUA, Santiago: «MANUAL DE DERECHO DEL SEGURO MARÍTIMO».

Escuela de Administración Marítima, Gobierno Vasco, Departamento de Transportes y Obras Públicas, Dirección de Puertos y Asuntos Marítimos, Bilbao,1993

SANCHEZ CALERO, Fernando (Director); TIRADO SUAREZ, Francisco Javier; TAPIA HERMIDA, Alberto Javier; FERNANDEZ ROZAS, José Carlos; FUENTES CAMACHO, Victor; y CRESPO HERNANDEZ, Ana: «LEY DE CONTRATO DE SEGURO». Ed. Aranzadi, 1999

SANCHEZ GAMBORINO, Francisco-Miguel: «EL SEGURO DE TRANSPORTES DE MERCANCÍAS». Cuaderno de Estudios sobre Transportes, Madrid,1964

SANCHEZ-GAMBORINO, Francisco José.: «LA PROPUESTA POR IRU DE MODIFICAR LA CONVENCION CVR SOBRE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE VIAJEROS». Revista de Derecho Mercantil (Madrid, Octubre-Diciembre 1995) nº 218, páginas 1521 a 1560.

URIA, Rodrigo: «DERECHO MERCANTIL» 21ªEd, Marcial Pons, Madrid, 1994

VICENT CHULIA, Francisco: «COMPENDIO CRÍTICO DE DERECHO MERCANTIL»
3ª Ed., José Mª Bosch, Editor. Barcelona, 1990

REFLEXIONES EN TORNO AL SEGURO OBLIGATORIO DE VIAJEROS

Por

Martín MORENO FERNÁNDEZ

Abogado

Departamento Jurídico de ALSA-ENATCAR

(Oviedo, España)

1. Introducción

Han pasado ya casi ocho décadas desde que por Reales Decretos-leyes de 13 de octubre de 1928 y 26 de Julio de 1929, fue implantado en España el Seguro Obligatorio de Viajeros, como una medida más dentro de la política de desarrollo turístico, como nos recuerda la exposición de motivos de su actual Reglamento aprobado por Real Decreto 1575/89, de 22 de diciembre.

Incluso ha transcurrido el tiempo suficiente desde que por Ley 33/1987 (BOE de 24 de diciembre) de Presupuestos Generales del Estado para 1988, pasara a manos de las Aseguradoras privadas la contratación y gestión de este tipo de seguro, hasta entonces reservadas al Consorcio de Compensación de Seguros, como para que resultara suficientemente conocido entre los usuarios, en el ámbito asegurador y también entre los profesionales de la justicia.

Sin embargo, tal vez por hallarse sus coberturas en ocasiones solapadas por las de otros seguros, particularmente por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria por hechos de la circulación, de mas elevadas prestaciones y de conocimiento generalizado, quizás por falta de la suficiente difusión o simplemente por desconocimiento de su contenido, lo cierto es que su existencia ha pasado casi desapercibida hasta hace apenas algunos años, incluso en los ámbitos especializados de los operadores del denominado derecho de la circulación (Aseguradoras, Abogados, Tribunales de Justicia...).

Paradójicamente ha empezado a expandirse, a hacerse popular en dicho ámbitos, precisamente cuando su carácter obligatorio está siendo cuestionado tras la modificación -efectuado por la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 14/2000, de 29 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social- del apartado 1 del artículo 21 de la Ley 16/1987, de 30 de Julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (L.O.T.T.), llevada a cabo -parece ser- con el propósito de eliminar duplicidad de coberturas, recogiendo reiteradas y viejas peticiones al respecto por parte de los transportistas, que reivindican situaciones de igualdad con sus competidores pertenecientes a otros países del entorno europeo, donde este seguro obligatorio no existe.

Hoy, ya más difundida su existencia y también su coexistencia y compatibilidad con otros seguros obligatorios, ha empezado a suscitar

algunas polémicas tanto desde la perspectiva de su obligatoriedad -como hemos adelantado- como de su naturaleza y alcance indemnizatorio.

Algunas de estas cuestiones me propongo abordar en este trabajo sin mas pretensión que la de emergerlas y, procurando no excederme en mi atrevimiento, buscar respuestas -siquiera razonables- a las mismas.

Planteamientos que, sin perjuicio de que pudieran resultar en buena medida de aplicación a otros medios de transporte, reduzco al ámbito del transporte por carretera, por serme mas familiar y considerar suficiente la problemática que se plantea en su convivencia con el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil por hechos de la circulación que a esta modalidad del transporte se constriñe.

2. El seguro de viajeros ¿un seguro obligatorio?

Es claro que su propia denominación y el contenido del Real Decreto 1575/89 de 22 de Diciembre por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, aún a pesar de su rango reglamentario, no permite en principio albergar dudas sobre el carácter obligatorio de la suscripción por parte de todo transportista de este seguro¹:

"El Seguro que se regula en este Reglamento tiene carácter obligatorio y ampara a todo viajero que utilice medios de locomoción destinados al transporte público colectivo de personas." (art. 2.1).

"Todo transportista deberá tener concertado, como tomador, el seguro Obligatorio de Viajeros con cualquiera de las entidades aseguradoras que estén autorizadas por el Ministerio de Economía y Hacienda para operar en el ramo de accidentes individuales" (art. 5).

"Al transportista que incumpla la obligación de suscribir el contrato y demás que el presente Reglamento le atribuye, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que hubiere podido incurrir, le será de aplicación el régimen sancionador previsto en el título V de la Ley 16/87, de 30 de Julio de Ordenación de los Transportes Terrestres" (art. 12.2.).

Obligatoriedad proclamada igualmente por la Ley 16/87, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) por medio de su artículo 21.1.: "En todo transporte público de viajeros, los daños que sufran éstos deberán estar cubiertos por un seguro, en los términos que establezca la legislación específica sobre la materia".

Y con mayor concreción aún el Reglamento de dicha Ley de Ordenación aprobado por Real Decreto 1211/90 de 28 de septiembre

¹ Al menos hasta la publicación de la citada Ley 14/2000 de 29 de diciembre.

(ROTT), que en su artículo 5 señala: "Los viajeros que se desplacen en transportes públicos por carretera, por ferrocarril o por cable deberán estar cubiertos por el seguro obligatorio de viajeros regulado por Real Decreto 1575/89, de 22 de diciembre".

Sin embargo, y, como ya dijimos, con la pretendida finalidad de suprimir la obligatoriedad de este seguro en cuanto amparase riesgos ya cubiertos por otro seguro obligatorio, la calendada Ley 14/2000 "de Acompañamiento" modifica el apartado 1 del artículo 21 de la LOTT, antes reproducido, dándole ahora la siguiente redacción:

"En todo transporte público de viajeros, los daños que sufran éstos deberán estar cubiertos por un seguro, en los términos que establezca la legislación específica sobre la materia, en la medida en que dichos daños no estén indemnizados por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria previsto en la Ley de Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor".

Queremos concluir, por no entrar en los matices interpretativos que la redacción de esta disposición invita a realizar, que el legislador, sin atreverse a derogar el SOVI (como los operadores del sector venían demandando) se ha inclinado por la mas prudente fórmula (posiblemente por la delicadeza de trato que exige toda disminución de los derechos de los usuarios) de suprimir la exigencia de la doble cobertura de riesgos ante la concurrencia de dos seguros obligatorios, el SOVI y el de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor².

La primera conclusión que cabe extraer, es que esta norma, posterior y de superior rango, deroga -con el escaso alcance y eficacia que veremos- lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento del SOVI, que establece su carácter obligatorio, compatible con cualquier otro seguro y diferenciado del de responsabilidad civil.

Sin embargo, si comparamos los presupuestos que rigen ambos seguros obligatorios vemos como en la práctica, el ámbito de coincidencia de ambos no es total. Ni muchos menos. Por lo que, la tentación de eliminar el SOVI puede llevar a peligrosas situaciones de desprotección, con efectos indeseables para el viajero y también para el transportista.

• La primera señal de diversidad de ambos seguros deviene del ramo distinto a que pertenecen³. El SOVI se trata de un seguro de accidentes⁴ mientras que el otro es un seguro de responsabilidad civil.

² Decreto 632/1968, de 21 de marzo, Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, según Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Este último, a diferencia del primero -y por mas que se objetive su aplicabilidad en atención a la "teoría del riesgo"- basado en principios culpabilísticos. La aplicación del seguro y sus coberturas proteccionistas requiere la existencia de una responsabilidad, mitigada y cuasi-objetiva (incluida la inversión de la carga de la prueba), si se quiere, pero necesaria para el nacimiento del ámbito protector.

No es necesario decir que el seguro de accidentes tiene unos principios de asentamiento distintos. Basta la existencia del accidente, del daño en los supuestos fácticos protegidos, para que sus prestaciones entren inmediatamente en funcionamiento. Sin necesidad de que existan ni se valoren las posibles responsabilidades que pudieran resultar, ya que son ajenas a este tipo de seguro.

Por consiguiente, nos encontramos ya con una importante diferencia en cuanto a la aplicación de ambos seguros que impide su unificación en uno solo.

- Otra importante y sustancial diferenciación de ámbito objetivo, estriba en que el Seguro de Responsabilidad Civil de suscripción obligatoria ampara exclusivamente los riesgos derivados de la circulación de vehículos a motor.

Los llamados "hechos de la circulación" definidos en el artículo 3 del Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (aprobado por Real Decreto 7/2001, de 12 de enero) y que el nuevo Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de Octubre) difiere a posterior definición reglamentaria.

Supuesto en el que difícilmente pueden incardinarse muchos de los accidentes protegidos por el Seguro Obligatorio de Viajeros según arts. 7º y 8º del R.D.1575/89. Así:

"Los ocurridos al entrar el asegurado en el vehículo o salir de él por el lugar debido, teniendo contacto directo con aquél, aún cuando lo tuviera también con el suelo, así como los ocurridos durante la entrega o recuperación del equipaje directamente del vehículo."

"Los que sobrevinieren cuando fuera necesario efectuar el acceso o evacuación del vehículo en situación excepcional que implique para él mayor peligrosidad que de ordinario, y ocurra durante la misma."

3 En la distinción llevada a cabo por la Ley 50/80, de 8 de Octubre de contrato de Seguros : Seguros contra daños (en que tiene cabida el de responsabilidad civil) y Seguros de personas (en que se inserta el seguro de accidentes)

4 Artículo 2º del RD 1575/89 : "El Seguro Obligatorio de Viajeros constituye una modalidad del Seguro privado de Accidentes individuales..."

Los sufridos por el personal dedicado por la Empresa transportista a los servicios requeridos para la utilización o el funcionamiento del vehículo o personal al servicio de las Administraciones Públicas que se hallen en el ejercicio de sus funciones "durante el tiempo en que, por razón de su cometido, deban permanecer en el vehículo antes y después de efectuarse el viaje".

Situaciones, como vemos, ajenas en principio⁵ a lo que puede cabalmente conceptuarse como "hecho de la circulación", algunas de las cuales, las relativas a las caídas de los viajeros al acceder y abandonar el vehículo estando éste parado que, por lo demás -y particularmente en los servicios urbanos y de cercanías-, constituyen los supuestos mas frecuentes de aplicación del seguro obligatorio de accidentes.

- Hay también otra elemental diferencia, de carácter subjetivo, no menos importante que resulta de la condición de asegurado que, de acuerdo con el artículo 6º, apartado 3 del Reglamento del SOVI se atribuye -entre otros- al conductor del vehículo de la empresa transportista, cuando, como es sabido, la cobertura del seguro de responsabilidad de suscripción obligatoria no alcanza a los daños ocasionados a la persona del conductor del vehículo asegurado (Art. 5 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro citada).

- Igualmente diferentes son los conceptos indemnizables -y también las cuantías- por uno u otro seguro.

- En particular debemos destacar que, al contrario que las contempladas en el denominado baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, la indemnización por SOVI es ajena a la duración real de las lesiones⁶.

- Por fin, no podemos olvidar en este aspecto cómo el propio Reglamento del SOVI, en su artículo 2, apartado 3, señala que este seguro no libera a las empresas transportistas, a los conductores de los vehículos o a terceros, de la responsabilidad civil en que dolosa o culposamente, pudieran incurrir por razón del transporte de personas, ni las prestaciones satisfechas por razón de dicho Seguro reducen el importe de la expresada responsabilidad.

Vemos entonces como, dadas estas elementales diferencias, resultaría una arriesgada apuesta considerar que los supuestos contemplados en el SOVI serían indistintamente y en todo caso asumidos por el Seguro de RC de la Circulación. De tal manera que la no suscripción del primero podría dar lugar a supuestos de desprotección

⁵ Algunas Sentencias vienen incluyendo como hechos de la circulación los sucesos ocurridos al acceder o abandonar los viajeros el vehículo, estando éste detenido, al considerar que se trata de un riesgo que forma parte de la circulación.

⁶ Así lo señalan, por ejemplo, las Sentencias de la A.P. de Barcelona, de 5 de Diciembre de 2000, de 5 Febrero 2001 y 29 de Enero de 2002, y de la A.P. de Albacete, Sección 2ª, de 18 Jun. 2001.

para los asegurados, lo que recomienda la convivencia, en la actual situación, de ambos seguros.

Precisamente estas cuestiones -y a mi juicio con acertado criterio- han determinado que el sector se muestre especialmente reticente y cauto, apostando de forma generalizada por el mantenimiento de ambas coberturas.

Son abundantes los supuestos en que, ocurrido un accidente de circulación con resultado de lesiones dentro de un autobús, se declara la inexistencia de responsabilidad del conductor y de la empresa -y por consiguiente no surge obligación de indemnizar con cargo al seguro obligatorio de responsabilidad civil- y, sin embargo, se obliga a la aseguradora a responder en virtud del SOVI.

Así, Sentencias de la A.P. de Barcelona, Sec. 13^a, de 29 de Enero de 2002; de la Sección 17^a, de 18 de Noviembre de 2002; de la Sección 1^a de 5 Febrero de 2001; Sección 16^a de 20 Junio 2000; de la A.P. de Asturias, Sec. 6^a, de 21 de Julio de 2000, etc.

3. El seguro obligatorio de viajeros ¿un seguro de accidentes?. Riesgos cubiertos y accidentes protegidos.

Hemos apuntado en el apartado anterior que la naturaleza de "Seguro de accidentes" del S.O.V.I. viene dada por el artículo 2, apartado 2, del Reglamento que lo regula:

"El Seguro Obligatorio de Viajeros constituye una modalidad del Seguro Privado de Accidentes..."

Sin embargo, alguna Aseguradora, en interpretación literal de la expresión "... y cualquier otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo" con que finaliza el artículo 7 del Reglamento del SOVI, que regula los "riesgos protegidos", ha hallado en tal expresión una manifestación de previa existencia de responsabilidad para dar lugar a la cobertura del riesgo, interpretando *a contrario sensu* que, de no existir avería o anomalía afectante al vehículo o procedente del mismo, estaríamos ante un riesgo no cubierto.

Cuestión de indudable interés si tenemos en cuenta que buena parte de los siniestros que el SOVI viene atendiendo, se producen como hemos dicho -fundamentalmente en los transportes urbanos y de cercanías- por caídas o accidentes similares que en la mayoría de las ocasiones son totalmente fortuitos, debidos exclusivamente al infortunio, sin que intervenga en los mismos anomalía alguna procedente del vehículo.

Más aún. No apareciendo las caídas casuales entre los riesgos cubiertos enumerados en el artículo 7 (choque, vuelco, alcance, salida de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquier otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo), tal omisión ha servido de sustento a algunas Aseguradoras para rechazar *ab*

initio las reclamaciones formuladas por lesiones sufridas a consecuencia de caída o similar.

Sin embargo, son mayoritarias las opiniones y resoluciones judiciales que estiman de aplicación las coberturas del SOVI en estos supuestos por la interpretación combinada de los arts. 7 (riesgos cubiertos) y 8 (accidentes protegidos) desde la perspectiva del principio "pro asegurado", el carácter objetivo y protector del seguro -dada su naturaleza de seguro de accidentes personales- y los tasados supuestos de exclusión recogidos en el artículo 9 del R.D. 1575/1989: "asegurados que provoquen los accidentes en estado de embriaguez, o bajo los efectos de drogas, estupefacientes o estimulantes, o mediante la comisión de actos dolosos".

No excluyéndose por tanto los accidentes provocados por culpa o imprudencia del viajero⁷.

Como decimos, son unánimes los Tribunales al considerar amparadas por el SOVI las caídas y supuestos similares no expresamente señalados entre los "Riesgos cubiertos" del artículo 7 del Reglamento, al considerar que se trata no obstante de accidentes protegidos contemplados en el artículo 8.

Así, por citar algunos ejemplos, las Sentencias de la A.P. de Barcelona de 5 Diciembre 2000 y las anteriormente citadas por otro motivo, del mismo Tribunal, de 29 de enero y 18 de Noviembre de 2002, 20 de junio de 2000, 5 de Febrero, 2001 y de la A.P. de Asturias de 21 Julio 2000.

Por consiguiente, entendemos que -salvo los tasados supuestos de exclusión establecidos- el SOVI ampara las lesiones sufridas por todo asegurado (viajero o las personas señaladas en el art. 6.3 del Reglamento, en los supuestos contemplados en el mismo) siempre que resulten de un accidente⁸ con independencia de la forma en que se produzcan, ya sea durante el viaje, al finalizar el mismo o con ocasión del acceso o abandono del vehículo (siempre que se esté en contacto con éste, aún cuando también se tuviera contacto con el suelo). Incluso los ocurridos durante la entrega o recuperación del equipaje directamente del vehículo, conforme señala el apartado a) del número 2 del artículo 8 del R.D. 1575/1989.

4. El SOVI y la responsabilidad del transportista

Establecido el SOVI como un seguro obligatorio, el Real Decreto 1575/89 que aprueba su Reglamento y también la LOTT -art. 21, como se dijo- y el ROTT -art. 5- imponen al transportista la obligación de concertar

7 Cfr. Teresa Hualde Manso <<El transporte de viajeros por carretera. Régimen de Responsabilidad Civil>>, pág. 204.

8 Entendiendo por tal la "lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte", según art. 100 de la Ley 50/80, de 8 de octubre, de contrato de seguros.

como tomador el SOVI con cualquiera de las entidades aseguradoras autorizadas a operar en el ramo de los seguros de accidentes individuales.

El incumplimiento de esta obligación por parte del transportista, constituye un supuesto de infracción administrativa, que de forma manifiesta anuncia el RD 1575/90 a través de su artículo 12.2., en los siguientes términos:

"Al transportista que incumpla la obligación de suscribir el contrato y demás que el presente Reglamento le atribuye, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que hubiere podido incurrir, le será de aplicación el régimen sancionador previsto en el título V de la Ley 16/87, de 30 de Julio de Ordenación de los Transportes Terrestres".

Hoy infracción de carácter muy grave tipificada en el número 23 del artículo 140 de la LOTT tras la modificación operada por Ley 29/2003, de 8 Octubre⁹.

Susceptible de ser sancionada con multa de 3301 a 4600 euros (art. 143.1.h LOTT).

Pero, sin perjuicio de esta incuestionable responsabilidad administrativa en que el transportista incurre de no suscribir el SOVI en la medida que resulte obligatorio, cabe preguntarse qué otras responsabilidades asume el transportista en caso de producirse un accidente protegido.

En principio podemos afirmar que la obligación impuesta al transportista, en su condición de tomador, es la de suscribir el seguro y pagar la prima, cuyo importe repercute al viajero incorporándolo al precio del transporte.

Y, desde luego, comunicar al Asegurador la ocurrencia del siniestro, así como llevar a cabo las actuaciones necesarias para que los asegurados o beneficiarios obtengan las prestaciones del seguro obligatorio. (art. 12 del Reglamento del SOVI).

Ahí debiera finalizar su responsabilidad, correspondiendo exclusivamente a la Aseguradora la atención de las prestaciones. Así se pronuncian, por ejemplo la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia de 14 de Septiembre de 2000, la Audiencia Provincial de Alicante en Sentencia de 13 de Octubre de 1999, que sanciona la falta de legitimación pasiva de la empresa transportista "al no tener obligación de abonar indemnización alguna con cargo al Seguro Obligatorio de Viajeros ya que su única obligación (y que cumplió) se limitaba a tener suscrito el SOVI con una Compañía de Seguros".

⁹ "El incumplimiento de la obligación de suscribir los seguros que resulten preceptivos conforme a lo dispuesto en el artículo 21".

Encontrando otros supuestos de necesaria absolució (o falta de legitimación) de la empresa transportista demandada, una vez acreditada su obligación de suscripción, en otras muchas Sentencias, así la de la AP de Asturias de 13 de Febrero de 2003, AP Albacete de 18 de Junio de 2001, AP de Barcelona de 29 de Enero y 18 de Noviembre de 2002.

Cuestión distinta es que el accidente se produzca y el transportista, incumpliendo su obligación, no haya concertado el Seguro para protección de los viajeros y demás asegurados.

En este caso, será el Consorcio de Compensación de Seguros quien, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25 del Reglamento SOVI asume la obligación de indemnizar a las víctimas o sus beneficiarios pudiendo después ejercitar contra el transportista el derecho de repetición reconocido en el artículo 26 de dicho Reglamento, reclamándole la totalidad de lo pagado.

Acción de repetición que el Consorcio podrá dirigir contra la Entidad Aseguradora cuando se vea obligado a pagar por insolvencia de ésta, incorporando su crédito a la masa de acreedores.

5. Alcance indemnizatorio del SOVI

Otra cuestión que frecuentemente se suscita es la relativa a la cuantificación de la indemnización a percibir por las víctimas con cargo al Seguro Obligatorio de Viajeros.

Sin olvidar, que se trata, en todo caso, de indemnizaciones compatibles y acumulables a las que correspondan por cualquier otro seguro.

Además de la asistencia sanitaria garantizada, con los límites temporales recogidos en el artículo 19 del Reglamento, el SOVI establece un derecho indemnizatorio en los supuestos de muerte, incapacidad permanente o temporal del asegurado (art. 15 del Reglamento SOVI).

Escasos problemas plantean los supuestos de fallecimiento, al estar tasada una indemnización¹⁰ para los beneficiarios, que percibirán de acuerdo con los criterios y orden de prelación establecidos en el artículo 22 del Rgto. SOVI.

Mayor controversia se plantea en el aspecto de la cuantificación de la indemnización por incapacidad, ya sea temporal o permanente, cuyo abono habrá de efectuarse conforme al baremo que por anexo se une al Reglamento y que ordena las lesiones corporales en catorce categorías, en

10 36.060,72 euros equivalentes a los Seis Millones de las antiguas pesetas recogidos en el anexo al RD 1575/89.

orden decreciente en razón a su gravedad e importe indemnizatorio. Desde 42070,84 euros (equivalente a los siete millones de las antiguas pesetas, moneda en que por razón de su fecha aún se expresa el baremo), cantidad reconocida a las lesiones de Primera categoría (v.gr. tetraplejía espástica, pérdida completa de la visión) hasta 1202,02 euros asignada a las lesiones encuadradas en la 14ª y última categoría (ej. fracturas desviadas o conminutas, no epifisarias, del húmero, cúbito y radio, femur, tibia y peroné...).

Reiteramos aquí, pues conviene dejarlo claro dada la profusión con que se vienen planteando con cargo a este seguro indebidas reclamaciones en tal sentido, que el SOVI no indemniza en razón al tiempo de incapacidad del lesionado, sistema propio de otros seguros. La indemnización se establece tras encajar las concretas lesiones padecidas en alguna o algunas de las categorías del anexo, aplicándoles los tasados importes fijados a cada una de ellas, teniendo en cuenta, conforme a las normas complementarias del anexo que, cuando el accidentado sufra daños corporales susceptibles de ser incluidos en varias categorías, se calificarán en la que corresponda la lesión de más gravedad y que serán compatibles las indemnizaciones resultantes por varias categorías siempre que no superen el límite que se fija para la primera.

Considero que cabe declarar superada, por una abundante jurisprudencia, la opinión que consideraba cerradas las listas de lesiones -nada exhaustivas por cierto- recogidas en las distintas categorías señaladas en el anexo.

Antes al contrario, el propio Reglamento, art. 7 y muy en particular la norma complementaria primera del anexo¹¹, permiten encajar en el baremo lesiones no previstas en las diferentes categorías haciendo uso de la analogía.

En tal sentido se manifiestan decididamente, entre otras, las Sentencias de la A.P. de Castellón de 14 Diciembre 2000, de la A.P. de Toledo de 10 de Julio de 1996, de la A.P. de Albacete de 20 de Octubre de 2000, de la A.P. de Barcelona, de 19 diciembre de 2001, de la A.P. de Madrid de 15 de Septiembre de 1999, de la AP de Asturias, de 22 de Mayo de 1997, de la AP de Ciudad Real de 3 de Abril de 2002.

Ya, por último, en el punto relativo a los intereses, resulta igualmente unánime la llamada Jurisprudencia menor al considerar aplicables los intereses moratorios establecidos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y éstos devengados <dies a quo> desde la fecha del siniestro, al remitirse a esta Ley el Reglamento del SOVI en sus artículos 2.4. y 14.

11 Dice esta norma : "Las lesiones corporales que originen menoscabo permanente, no recogidas explícitamente en el presente baremo de indemnizaciones, se calificarán, a los efectos de su equiparación con el mismo, en alguna de sus categorías, en función del déficit fisiológico producido como consecuencia del accidente, según establezca el criterio del informe médico facultativo".

Así y entre muchas otras las Sentencias. de la AP de Asturias, Sec. 4ª de 13 de Febrero de 2003 y las ya citadas de la AP de Ciudad Real (Sec. 1ª) de 3 de Abril de 2002, A P de Barcelona (Dec. 1ª) de 19 de diciembre de 2001 y AP de Castellón de 14 de diciembre de 2000.

6. Bibliografía

Caballero, E.: "El Seguro Obligatorio de Accidentes de Viajeros", Colección Legislativa de Seguros, Edit. Caser. 1990.

Hualde Manso, T.: "El Transporte de Viajeros por Carretera, Régimen de Responsabilidad Civil", Edit. Aranzadi, 1995.

Mapelli, E.: "Régimen Jurídico del Transporte", Ministerio Justicia, 1987.

Soto Nieto, F.: "Seguro Obligatorio de Viajeros", Revista de Derecho Judicial, Madrid 1970.

SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA: LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA FIGURA DEL COMISARIO DE AVERÍAS A LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO VIGENTE

Por

Francisco Javier TIRADO SUÁREZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil y del Derecho del Seguro Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

*Abogado
(Madrid)*

1. Introducción

La tarea del homenajeado Francisco Miguel Sánchez Gamborino en el ámbito del transporte terrestre, tuvo también su influjo en el ámbito del seguro de transporte terrestre de mercancías, sin embargo, dentro de la amplia problemática de este seguro, se ha considerado conveniente el incidir en una figura tradicional de nuestro Derecho, que se encuentra poco estudiada y que resulta fundamental a la hora de la verdad del siniestro en el contrato de seguro, puesto que es, en este momento crucial de la relación jurídica, en el que es necesario articular la justificación del daño, para lograr la siempre difícil tarea que la entidad aseguradora haga frente a sus compromisos contractuales.

La figura del Comisario de Averías tiene hoy día una exigua regulación en la disposición adicional tercera del Real Decreto Legislativo 6/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE 5 de noviembre), que ha puesto al día las numerosas modificaciones de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la que la figura del Comisario de Averías aparece disciplinada, en la disposición adicional quinta, junto con los peritos de seguros y los liquidadores de averías.

En orden, a la mejor comprensión de esta situación legislativa actual, se hace necesario revisar nuestro Derecho positivo desde la codificación decimonónica, para llegar al texto vigente y a la situación actual en el mercado asegurador y de transporte en el que se inserta la figura.

2. La disciplina del comisario de averías en el Código de Comercio vigente.

El Código de Comercio de 1885 no contemplaba la denominación de Comisarios de Averías, acuñada por la práctica, si bien en el artículo 853 contempla el nombramiento de peritos en relación con la liquidación de las averías gruesas¹, señalando en el artículo 854 sus funciones². La función pericial se extendía por el artículo 869 al supuesto de las averías simples³.

Esta disciplina se completa con lo establecido en el Título Cuarto de la segunda parte de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 referida a los

actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, que se mantiene en vigor, hasta que se apruebe una anunciada Ley de Jurisdicción Voluntaria por la disposición final decimoctava de la vigente Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero).

En el párrafo segundo del artículo 2.133 LEC de 1881 se señala que los peritos serán nombrados uno por el capitán, otro por los interesados o consignatarios y el tercero por el Juez por sorteo en caso de discordia⁴.

Así pues, existía en el Código de Comercio de 1885 una disciplina de la función del Comisario de Averías en el marco de la pericia de las averías gruesas o simples en el transporte marítimo de mercancías.

El artículo 364 del Código de Comercio de 1885 en materia de transporte terrestre también contempla el juicio de peritos en los supuestos de disminución en el valor del género siniestrado⁵.

1 El artículo 853 dispone: "Nombrados los Peritos por los interesados o por el Juez o Tribunal, procederán, previa la aceptación, al reconocimiento del buque y de las reparaciones que necesite y a la tasación de su importe, distinguiendo estas pérdidas y daños de los que provengan de vicio propio de las cosas.

También declararán los Peritos si pueden ejecutarse las reparaciones desde luego, o si es necesario descargar el buque para reconocerlo y repararlo.

Respecto a las mercaderías, si la avería fuere perceptible a la simple vista, deberá verificarse su reconocimiento antes de entregarlas. No apareciendo a la vista al tiempo de la descarga, podrá hacerse después de su entrega, siempre que se verifique dentro de las cuarenta y ocho horas de la descarga, y sin perjuicio de las demás pruebas que estimen convenientes los peritos." La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1927 admitió que el naviero designara al perito actuante, cuyo dictamen debía ser notificado a la sociedad cargadora.

2 El artículo 854 establece: "La evaluación de los objetos que hayan de contribuir a la avería gruesa, y la de los que constituyen la avería, se sujetará a las reglas siguientes:

1.ª Las mercaderías salvadas que hayan de contribuir al pago de la avería gruesa, se valorarán al precio corriente en el puerto de descarga, deducidos fletes, derechos de Aduanas, y gastos de desembarque, según lo que aparezca de la inspección material de las mismas, prescindiendo de lo que resulte de los conocimientos, salvo pacto en contrario.

2.ª Si hubiere de hacerse la liquidación en el puerto de salida, el valor de las mercaderías cargadas se fijará por el precio de compra con los gastos hasta ponerlas a bordo, excluido el premio del seguro.

3.ª Si las mercaderías estuvieren averiadas, se apreciarán por su valor real.

4.ª Si el viaje se hubiere interrumpido, las mercaderías se vieren vendidas en el extranjero y la avería no pudiere regularse, se tomará por capital contribuyente el valor de las mercaderías en el puerto de arribada, o el producto líquido obtenido en su venta.

5.ª Las mercaderías perdidas que constituyeren la avería gruesa se apreciarán por el valor que tengan las de su clase en el puerto de descarga, con tal que consten en los conocimientos sus especies y calidades, y no constando, se estará a lo que resulte de las facturas de compra expedidas en el puerto de embarque, aumentando a su importe los gastos y fletes causados posteriormente.

6.ª Los palos cortados, las velas, cables y demás aparejos del buque inutilizados con el objeto de salvarlo, se apreciarán según el valor corriente, descontando una tercera parte por diferencia de nuevo a viejo.

Esta rebaja no se hará en las anclas y cadenas

7.ª El buque se tasará por su valor real en el estado en que se encuentre.

8.ª Los fletes representarán el 50 por 100 como capital contribuyente."

3 El artículo 869 ordena: "Los peritos que el Juez o Tribunal o los interesados nombre, según los casos, procederán al reconocimiento y valuación de las averías en la forma prevenida en el artículo 853 y en el 854, reglas 2.ª a la 7.ª, en cuanto les sean aplicables."

4 Los artículos 2134 a 2143 regulan la actuación pericial, así como el procedimiento para la conformidad de los interesados y la posibilidad de recurso contra el mismo, preocupándose el legislador por el que los peritos realicen su cometido dentro del término fijado (art. 2141 LEC 1881).

5 La sentencia de 10 de diciembre de 1975 contempla un supuesto de aplicación del precepto indicado.

Este procedimiento pericial se corresponde con el previsto en los artículos 2119 a 2127 de la LEC de 1881, debiendo subrayarse que el procedimiento pericial solamente está previsto en caso de conflicto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 367 del Código de Comercio vigente⁶, cuyo rigor formal ha sido reconocido por la Jurisprudencia⁷.

A la vista de esta disciplina, resulta evidente la coherencia de la misma con la pericia existente en el ámbito del Derecho de Seguros y en concreto en el artículo 406 del Código de Comercio⁸, hoy derogado por la Ley de Contrato de Seguro que ha contemplado el procedimiento pericial, de forma harto compleja y discutible en el artículo 38⁹.

3. La contemplación del comisario de averías en la legislación de control de la actividad aseguradora.

3.1. La Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 2 de agosto de 1984.

El artículo 2 apartado f) de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 2 de agosto de 1984 (BOE 4 de agosto) contempla como sujeto sometido a la misma “Las actividades de los peritos-tasadores de seguros y de los comisarios y los liquidadores de averías, sin perjuicio de lo previsto en su legislación específica”, contemplándolo con el mismo tenor literal en el artículo 4 d).

6 El artículo 367 dice textualmente: “Si ocurrieren dudas y contestaciones entre el consignatario y el porteador sobre el estado en que se hallen los efectos transportados al tiempo de hacerse al primero su entrega, serán éstos reconocidos por peritos nombrados por las partes, y un tercero en caso de discordia, designado por la autoridad judicial, haciéndose constar por escrito las resultas, y si los interesados no se conformaren con el dictamen pericial, y no transigieren sus diferencias, se procederá pro dicha autoridad al depósito de las mercaderías en almacén seguro, usarán de su derecho como correspondiere.”

7 La STS de 24 mayo 1977 (RJ 1977/2140) señala que la declaración del consignatario que las mercancías están averiadas, debe ser acreditada en un procedimiento pericial, puesto que supondría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato, en contra de lo previsto en el artículo 1256 Código civil, aplicable en materia mercantil, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 50 del Código de Comercio. La STS de 3 enero 1984 (RJ 1984/339) declara que la constatación del daño no se puede realizar de cualquier forma, sino que exige el procedimiento pericial. La STS de 23 marzo 1984 destaca la relación de este precepto con el artículo 2126 LEC, haciendo hincapié en la singularidad del tráfico mercantil, que no permite decidir sobre el estado de los géneros transportados sui no se evidencia mediante las formalidades legalmente exigidas. La STS 21 junio 1985 (RJ 1985/3306) señala que el procedimiento pericial es indispensable, si existen conflictos entre el consignatario y el porteador sobre el estado de las mercancías, y no cuando ambos coinciden con el deterioro de los bienes transportados.

8 El artículo 406 del Código de Comercio decía así: “La valuación de los daños causados por el incendio, se fijará por peritos en la forma establecida en la póliza, por convenio que celebren las partes, o, en su defecto, con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento civil.”

9 El artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro establece en caso de desacuerdo el nombramiento de un perito por cada una de las partes y un tercero, en caso de discordia, el cual deberá actuar de forma colegiada con uno o con los dos peritos de parte. Véase mi comentario al precepto citado en el libro “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/80 de 8 de octubre y sus modificaciones”, 2ª Ed. Pamplona 2001, páginas 587 y siguientes.

En el artículo 11.2 d) se prohibía ejercer como administradores a los peritos-tasadores de seguros y a los Comisarios y liquidadores de averías.

En el artículo 43 párrafo cuarto apartado b) se consideraba infracción leve la información inexacta o inadecuada a los asegurados o a los aseguradores realizada por los peritos-tasadores de seguros y los Comisarios y liquidadores de averías.

Finalmente, se consideraba infracción muy grave en el citado artículo 43 párrafo sexto apartado f): “El ejercicio de la profesión de perito-tasador de seguros y comisario o liquidador de averías, sin reunir las condiciones legales; su ejercicio por persona incompatible, directamente o mediante persona interpuesta, así como dicha interposición. La infracción alcanzará también a la entidad que hubiere utilizado los servicios de estas personas.”

El artículo 48, que resultaba una auténtica disposición final anunciaba una nueva disciplina, diciendo textualmente: “1. El Ministerio de economía y Hacienda ejercerá el control sobre las personas físicas o jurídicas que realicen las actividades de peritos tasadores de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías. Fijará las condiciones que han de cumplir para su actuación en el sector de seguros, para la obtención del título correspondiente e inscripción, en el Registro Especial previsto en el artículo 40, y establecerá el Régimen jurídico de su actuación. 2. Los peritos-tasadores de seguros, los comisarios de averías y los liquidadores de averías podrán asociarse en organizaciones profesionales o empresariales respecto de las personas físicas o jurídicas que actúen exclusivamente en el territorio de una Comunidad.”

Este anunciado desarrollo reglamentario no se produce como era lógico en el Reglamento aprobado por Real Decreto 1348/1985 de 1 de agosto, limitándose este texto reglamentario a reiterar en el artículo 133 el mandato legal, añadiendo una referencia a la competencia autonómica¹⁰.

3.2. La Orden de 10 de julio de 1986 por la que se regulan los peritos tasadores de seguros y los Comisarios y liquidadores de averías.

Esta Orden contenía un Capítulo Cuarto dedicado a la figura de los Comisarios de averías, de forma independiente al Capítulo Tercero dedicado a los peritos tasadores de seguros y al Capítulo Quinto dedicado a los liquidadores de averías.

¹⁰ El párrafo terceto del artículo 133 establecía: “El control y la relación con la Administración a que se refieren los números anteriores corresponderán , en su caso, al órgano autonómico competente respecto a las personas físicas o jurídicas que actúen exclusivamente en el territorio de una Comunidad (artículo 48.1, 2 y 3 de la Ley).”

El artículo 13 contemplaba sus funciones diciendo: “Corresponde a los Comisarios de averías, en el ámbito de los ramos de transportes (marítimo, terrestre y aéreo) la constatación de las averías de cascos y mercancías, la determinación de sus causas y su evaluación y certificación; asimismo podrán representar o asesorar profesionalmente a los asegurados, aseguradores o terceros en las operaciones de salvamento, de liquidación de los siniestro o de prevención de los riesgos.”

Esta delimitación de funciones se completaba con el registro especial (artículo 14), con el establecimiento de un título específico (artículo 15), con los requisitos para su obtención (artículo 16), cursos de formación (artículo 17), registro de títulos (artículo 18), ejercicio de la profesión (artículo 19) y finalmente, incompatibilidades, en cuyo campo, además de las incompatibilidades de los peritos tasadores de seguros se declaraba la incompatibilidad “con las actividades de armadores y consignatarios de buques, agencias de aduanas y transporte o comercio marítimo, terrestre, fluvial o aéreo”

La precipitación en la publicación de esta Orden, fuera de los cauces establecidos, llevó consigo la declaración de nulidad por la inobservancia de la audiencia preceptiva del Consejo de Estado, por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo de 7 de febrero de 1989, iniciándose un camino de liberalización normativa, que ha finalizado en la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

4. La disciplina vigente sobre los comisarios de averías en la disciplina administrativa de los seguros privados.

4.1. La legislación estatal vigente.

Como se ha indicado la Ley 30/1995 en su disposición adicional quinta contempló la regulación de los Comisarios de averías, de forma paralela a los peritos de seguros y liquidadores de averías.

Hoy, esta disposición adicional quinta está recogida, con ligeros cambios de redacción, en la disposición adicional tercera del Real Decreto Legislativo 6/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE 5 de noviembre), cuando dispone: “Son peritos de seguros quienes dictaminan sobre las causas del siniestro, la valoración de los daños y las demás circunstancias que influyen en la determinación de la indemnización derivada de un contrato de seguro y formulan la propuesta de importe líquido de la indemnización; son comisarios de averías quienes desarrollan las funciones referidas en los artículos 853, 854 y 869 del Código de Comercio, y son liquidadores de averías quienes proceden a la distribución de la avería en los términos de los artículos 857 y siguientes del propio Código de Comercio. Su régimen jurídico que podrá determinarse reglamentariamente, se ajustará a las siguientes reglas:

a) Los peritos de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías deberán estar en posesión de titulación en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de dar su dictamen, si se trata de profesiones reguladas, y de conocimiento suficiente de la técnica de la pericia aseguradora y de la legislación sobre contrato de seguro al objeto del desempeño de sus funciones con el alcance que podrá establecerse reglamentariamente.

b) Para asegurar el nivel de preparación adecuado al que hace referencia el punto anterior, las organizaciones más representativas de las entidades aseguradoras y de los peritos de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías adoptarán conjuntamente las medidas necesarias. A tal fin, conjuntamente, los citados órganos de representación establecerán las líneas generales y los requisitos básicos que habrán de cumplir los programas de formación, de los referidos profesionales y los medios a emplear para su ejecución.

c) La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones fomentará la adecuada preparación técnica y cualificación profesional de los peritos de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías. A este objeto, la documentación en que se concrete lo establecido en el apartado anterior, estará a disposición de la citada Dirección General, que podrá requerir que se efectúen las modificaciones que resulten necesarias en el contenido de los programas y en los medios precisos para su organización y ejecución al objeto de adecuarlos al deber de formación a que se refiere la letra b) anterior."

Así pues, la normativa vigente exige la existencia de un título específico, en función de la materia marítima y paralelamente, una acreditación en función de los conocimientos de la teoría y técnica del contrato de seguro y de las reglas fundamentales de la pericia.

En el diálogo entre las Asociaciones más representativas de la pericia (Asociación de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías. APCAS) y de las entidades aseguradoras (Unión Española de entidades Aseguradoras. UNESPA), se firmó un Protocolo el 29 de junio de 1998, que por acuerdo de 27 de septiembre de 2001 se amplió dicho Protocolo entre UNESPA y APCAS a la figura de los Comisarios de Averías, en las mismas condiciones que los Peritos de seguros siempre que acreditaran un ejercicio profesional anterior al 30 de junio de 2001, por lo que quedaba solucionado el respeto de los derechos adquiridos de los Comisarios de averías actuantes en las fechas anteriores al momento prefijado en el acuerdo marco efectuado.

4.2 La normativa autonómica.

Al amparo de las facultades que el legislador de seguros deja a las Comunidades Autónomas en el seno de la Generalidad Catalana, se ha procedido a la aprobación del Decreto 218/2002 de 23 de julio de los Peritos y Peritas de Seguros, de los Comisarios y las Comisarias de averías y de los Liquidadores y las Liquidadoras de averías.

Según se manifiesta en la Exposición de Motivos del citado Decreto, la Generalidad de Cataluña ha desarrollado en la Comunidad Catalana la disposición adicional quinta de la Ley 30/95 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de conformidad con la competencia en ejecución atribuida genéricamente por las letras a) y b) del número 2 del artículo 69 haciendo hincapié en el dato que las competencias de ejecución que la ley otorga a la Administración General del Estado, se entienden hechas al órgano autonómico competente.

Así pues, la Generalidad actúa utilizando poderes de ejecución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en su concreto ámbito territorial, sin legitimación de una normativa estatal, que sería lo deseable en esta materia.

En primer lugar, el artículo primero de esta normativa se limita a las personas, sin calificar si se trata de personas físicas o jurídicas, permitiendo una total libertad en la configuración de este marco de actuación y exigiendo la existencia de un domicilio profesional en Cataluña.

El artículo segundo configura las condiciones para la incorporación y ejercicio de los Peritos, Comisarios y Liquidadores por referencia a la disposición adicional quinta de la Ley 30/95.

El artículo tercero establece un censo de Peritos, en el que es obligatoria la inscripción de los Peritos, Comisarios y Liquidadores que tengan domicilio profesional en Cataluña.

El artículo cuarto contempla las titulaciones y clases de Peritos, distinguiendo entre Peritos de automóviles o de embarcaciones deportivas, los de reconstrucción de accidentes de tráfico, los de incendios, los agrarios y los de seguros personales.

Con independencia de la titulación, se establecen pruebas selectivas de actitud y cursos de formación a cargo de las organizaciones más representativas de las entidades aseguradoras, Peritos de seguros, Comisarios de averías y Liquidadores de averías.

A los Peritos de seguros que acrediten el cumplimiento de los anteriores requisitos se les otorgará el diploma por parte de la Dirección General de Política Financiera del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña.

El artículo quinto regula el mantenimiento del censo y delega parcialmente sus funciones de declaración de ejercicio de actividad en las asociaciones profesionales representativas, en línea con lo establecido en la disposición adicional quinta.

El artículo sexto se remite en materia de incompatibilidades a la legislación específica, pues, como se sabe, una norma con rango reglamentario no puede establecer nuevas incompatibilidades.

El artículo séptimo contempla la relación de las asociaciones profesionales de Peritos, de Comisarios y de Liquidadores con la Generalidad de Cataluña.

La disposición transitoria regula la acreditación de los profesionales que operaban en Cataluña antes del 1 de abril de 2000 respecto a los Peritos y antes del 30 de junio de 2001 respecto de los Comisarios de averías, estableciendo la eficacia de la certificación individual de la Asociación Profesional de Peritos de seguros y Comisarios de averías, junto con la actuación de UNESPA y el visto bueno de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Estas personas dotadas de esta certificación individual tenían tres meses a contar desde la entrada en vigor de la norma para su acreditación ante la Dirección General de Política Financiera del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad.

Esta disciplina, a pesar de haber sido comunicada a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sin embargo actualmente se encuentra en debate su legalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

5. Consideraciones finales.

Examinada la legislación histórica y vigente sobre la figura del Comisario de Averías, se puede concluir que se ha producido una asimilación de lo específico a lo genérico, entrando el Comisario de Averías en el ámbito de la pericia aseguradora, si bien con conocimientos especiales, en función de la naturaleza de las mercancías transportadas y de las características del medio de transporte, produciéndose así una progresiva asimilación de lo especial en lo general, de manera análoga a lo que está acaeciendo en el ámbito del Derecho Marítimo, en el que van desapareciendo las especialidades, en la medida en que ya no existen determinados riesgos en la aventura marítima, de conformidad con el desarrollo de las comunicaciones y de los medios de salvamento.

En este contexto, se puede afirmar que el Comisario de Averías puede actuar como perito o experto representante del asegurador o del porteador, en función de la cobertura existente, si se trata de un seguro de daños en las cosas o de responsabilidad civil¹¹, pudiendo también existir un Comisario de Averías que represente a la contraparte, es decir, al cargador o al consignatario de las mercancías siniestradas.

También es posible la nominación por el Juez, especialmente en caso de conflicto, aplicando analógicamente lo establecido en el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro, e incluso puede ser nombrado por la Junta Arbitral de Transporte, siempre que exista una voluntad explícita de las partes en conflicto.

La tarea del Comisario de Averías no se ciñe a la liquidación del daño, extremo que comparten con los liquidadores de averías, sino tam-

bién se extiende al estudio de las causas del siniestro, a la luz de la interpretación de la póliza de seguros aplicable, con la finalidad de verificar la posible existencia de un riesgo excluido, como podría ser la presencia en el medio de transporte de materias inflamables o peligrosas en unión de otras que no lo son¹².

Ahora bien, la actuación del Comisario de Averías, si se realiza unilateralmente a favor de una de las partes en conflicto, sin audiencia ni intervención de la otra, carece de la virtualidad probatoria exigible, como ha reconocido la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1984 (RJ 1984/339), al considerar el certificado del Comisario de Averías que se había realizado sin la audiencia del porteador.

En suma, la tarea fundamental del Comisario de Averías se encuentra en la constatación del estado de las mercancías siniestradas y en su valoración a precios de mercado, como se ha reconocido por la SAP Madrid 26 marzo 2004 (RJ 2004/248582), constituyendo una prueba fundamental, como ha manifestado incidentalmente la STS de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8913)¹³.

El coste o gasto de la intervención del Comisario de Averías como instrumento a favor del asegurado a la hora de la acreditación del daño y de la fijación de la propuesta líquida de la indemnización por parte del asegurador es normalmente a cargo del responsable del siniestro, es decir, el porteador o su entidad aseguradora¹⁴, de manera que es útil en la contratación del seguro de transportes establecer una cláusula específica que

11 SÁNCHEZ GAMBORINO, F.M. "Seguro de transportes de mercancías y seguros de responsabilidad del porteador", RDM, 1965, pg. 195 y ss; - "Contratos de transportes, responsabilidad del porteador y seguros", RDM, 1967, pgs. 173 y ss; GONZÁLEZ PORRAS, J.M. "Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil)", RDM, 1978, pgs. 477-560; SÁNCHEZ GAMBORINO, F.M., "El seguro de transporte de mercancías por carretera, Transporte nacional e internacional", RES, nº 46, 1986, pgs. 187 y ss; "RECALDE CASTELLS, A. "Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa", RDM, 1989, nº 193-194, pgs. 773 y ss; GARCÍA MARTÍN, I., "Comentario a la Sentencia de 17 mayo 1993 sobre seguro de transporte terrestre", CCJC, nº 33, septiembre-diciembre, 1993; ÁLVAREZ DE BENITO, P., "El concurso aleatorio de seguros en el transporte de mercancías", RGD, nº 592-593, enero-febrero 1994, pgs. 453 y ss; GONZÁLEZ LÓPEZ, I. "Comentario a la Sentencia de 18 julio 1997", RGD, 1998, pgs. 4111 y ss; PULIDO BEGINES, J.L., Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre, Barcelona, 2001; "REGLERO CAMPOS, L. F.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de 25 de abril de 2002. Contrato de seguro. Transporte de mercancías. Daños en mercancía transportada: acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil del transportista y contra el asegurador del propietario de la mercancía por daños propios. Inexistencia de responsabilidad solidaria. Incongruencia. Intereses moratorios. Interpretación de los contratos" CCJC , 2002, nº 60, octubre-diciembre, pgs.1021-1035; SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J. Y GAITÁN REBOLLO, J. "Factbook. Transporte de mercancía por carretera", Pamplona, 2003; BESES MIGUEL R. y M.D. "Transporte, compraventa y responsabilidades" Madrid, 2005, págs 363 y ss.

12 Véase la SAP Badajoz 27 diciembre 2004 (JUR 2005/28327) en orden a la función del Comisario de Averías para verificar las causas del siniestro, sin embargo al Comisario de Averías no le es lícito proceder a la interpretación del contrato de seguro, como proclama la SAP Cantabria 4 febrero 2005 (JUR 2005/53177).

13 En el mismo sentido la SAP Asturias 13 enero 1998 (AC 1998/2980).

14 Así se ha reconocido por la SAP Valencia 14 mayo 2004 (JUR 2004/11187).

haga soportar al asegurador este coste o gasto instrumental de la tarea fundamental del Comisario de Averías.

Obviamente, la certificación del Comisario de Averías puede ser impugnada por las causas generales de impugnación de los negocios jurídicos, pero siempre que exista una prueba fehaciente que desvirtúe los fundamentos fácticos de la intervención pericial, puesto que si bien el Comisario de Averías debe conocer la práctica aseguradora y las condiciones generales y particulares del seguro, sin embargo no le compete la tarea interpretativa del contrato, puesto que la misma se encuentra sometida de forma exclusiva al juicio de los Tribunales, con independencia del derecho de las partes al arbitraje¹⁵.

En suma, la función que despliega el Comisario de Averías, ya sea en forma solitaria, pero con audiencia de la contraparte, o en forma conjunta, a través de una doble representación de las dos partes en conflicto, de asegurador y asegurado, se concreta en la delimitación de las causas del siniestro, en la constatación objetiva de los daños y en su valoración a precios de mercado, lo que va a determinar obviamente la propuesta líquida de indemnización que corresponde al asegurador.

En efecto, esta profesión adornada de las notas de independencia y objetividad, cumple una función centenaria y es un elemento fundamental en el seguro de transporte terrestre de mercancías, a la hora de la existencia de un siniestro, puesto que no se debe preterir que, de conformidad con la regla del juicio del artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, al asegurado corresponde la prueba del daño y a la entidad aseguradora compete la aceptación o no de cobertura, siendo ya tarea precisa para ambas partes la valoración de los daños y la fijación de la propuesta líquida de indemnización, que es lo que el asegurado busca en el momento de la contratación de un seguro de transporte.

Madrid, 30 de marzo de 2005

¹⁵ En este contexto y de acuerdo con la sentencia mencionada en la nota 12 no sería legítimo que el Comisario de Averías realizara elucubraciones jurídicas sobre la posible existencia de negligencia o dolo por parte del asegurado, limitándose su función a los aspectos fácticos de las mercancías y de la forma de causación del siniestro.

EL IMPACTO DEL SEGURO EN EL DERECHO APLICABLE AL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS, EN EL REINO UNIDO

por

Malcolm CLARKE

Profesor de Derecho Comercial

Universidad de Cambridge

(Inglaterra)

1. ¿Es el asegurador un dios?

Cuando las convenciones internacionales en proyecto “alcanzan el estado de conferencia diplomática, el deus ex machina –el asegurador– no aparece mencionado en el reparto”. Estas fueron las palabras de un conocido jurista inglés dedicadas a la Convención de Bruselas sobre transporte marítimo¹. Reflejan el criterio de buen número de distinguidos juristas respecto a que el Derecho depende del seguro, más específicamente que un nuevo concepto de responsabilidad se desarrolla en relación a lo que es asegurable². Este trabajo argumenta, sin embargo, que el “impacto” del seguro en el Derecho aplicable al transporte por carretera no ha sido de esa naturaleza; que la relación puede ser mejor descrita como de interdependencia y asociación; y que el mejor punto de vista es que responsabilidad y seguro van unidos mano a mano³.

2. El desplazamiento y la duración de la cobertura aseguradora

El Santo Grial, el objetivo final considerado como medio de salvación por quienes se dedican al transporte internacional, es una efectiva y universal Convención sobre transporte multimodal (a veces llamado “intermodal”)⁴. Pero esto implica varios requisitos, entre ellos reglas claras y previsibles niveles de indemnización en caso de daños, pérdidas o retraso. El régimen no debe tener costuras, y lo mismo el transporte en todo su recorrido. Las costosas investigaciones para localizar el lugar exacto donde se produjo el evento dañoso para las mercancías, tienen que quedar superadas, sin embargo, el punto del espacio y del tiempo en

1 Lord Diplock, ‘Conventions and Morals’, 1 JMLC 525 (1970).

2 E.g. Rt. Hon. Lord Denning, *The Discipline of Law* (London, 1979), 280; B.A. Hepple, M.H. Matthews D.R. Howarth, *Tort: Cases and Materials* (5th ed., London 2000), 1102. Otros estudiosos han calificado esta teoría de exagerada, por ejemplo. W.L Prosser and R.E. Keeton, *Prosser and Keeton on Torts*, (4th edn. 1971) p 547 ff.

3 En este sentido con respecto a la responsabilidad en general, vid M. Clarke, ‘Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century’ (Oxford 2005) Chapter 8.

4 Vid por ejemplo ‘Intermodal transportation and carrier liability’, preparada para la Dirección General de Transportes de la Comisión (DG VII) en Junio 1999 (ISBN 92-828-7824-4). M. Clarke, “Multimodal Transport in the New Millennium” *WMU J of Maritime Affairs* [2002] no 1 71-84.

que comienza la responsabilidad, y en el que termina, tienen que quedar claros, para así evitar los problemas surgidos de una irregular frente de contacto con las leyes, nacionales sobre propiedad o de cualquier otra clase.

Lo mismo puede afirmarse respecto al seguro, que sostiene las operaciones multimodales. Generalmente, el régimen de responsabilidad (unimodal) cambia de una fase a otra del transporte, en parte porque con el cambio de modo se produce un cambio de riesgo, un cambio que es de cardinal importancia tanto para el régimen de responsabilidad como para el seguro de responsabilidad subyacente. La cobertura del seguro convenida para actuar durante un periodo, evento u operación depende para su comienzo de la forma de concretar o significado de ese periodo, evento u operación.

El seguro de la mercancía generalmente se dice que comienza y termina con el desplazamiento en el modo de que se trate: es la habitual cláusula “almacén a almacén”, ahora denominada cláusula de desplazamiento (“transit clause”)⁵. En la interpretación de cláusulas de desplazamiento, la principal preocupación de los Tribunales es dar efecto a la intención de las partes. En particular, se presume que el asegurado pretende evitar un lapso de tiempo no cubierto, y que el asegurador pretende evitar un riesgo de naturaleza tal que realmente no quiso asumir. Teniendo esto en cuenta, los Tribunales generalmente infieren que la cobertura del desplazamiento empieza cuando la custodia y el control sobre las mercancías pasan del remitente (o su agente) al transportista (o su agente): es en ese punto donde y cuando habitualmente el riesgo cambia⁶. Los Tribunales “construyen” las cláusulas del seguro de manera a evitar cualquier vacío de cobertura⁷, pero en cualquier caso, el elemento clave para localizar el momento en que la cobertura comienza o termina es esa transferencia de la custodia y el control.

Así, en un extremo del recorrido, las mercancías que han sido cargadas en el vehículo pero permanecen bajo control del transportista –por ejemplo, encerradas en las instalaciones del remitente– no han comenzado su desplazamiento, pese a que la cobertura “ex fábrica” se extiende al espacio almacén a almacén por carretera y por barcaza⁸. En el otro extremo del recorrido, las mercancías retenidas pendientes de ocuparse de ellas en el lugar de destino pueden quedar todavía dentro de la cobertura de desplazamiento⁹.

5 Por ejemplo, cláusula 8 de las Institute Cargo Clauses 1982, aún actualmente usadas.

6 Sentencias judiciales en este sentido: *Crow's Transport Ltd v Phoenix Assurance Co Ltd* [1965] 1 Lloyd's Rep 139, 143 (CA); *SCA (Freight) Ltd v Gibson* [1974] 2 Lloyd's Rep 533, 534.

7 *Cornfoot v Royal Exchange Assurance Corp* [1904] 1 KB 40, 44 (CA); *Symington & Co v Union Ins Sy of Canton Ltd* (1928) 31 Ll L Rep 179, 181 (CA).

8 *Wunsche Handelsgesellschaft Int mbH v Tai Ping Ins Co Ltd* [1998] 2 Lloyd's Rep 8 (CA).

9 Como en *Eurodale v Ecclesiastical Insurance Office* [2003] Lloyd's Rep IR 444 (CA).

Entre tales dos momentos, la cobertura de desplazamiento continúa actuando, salvo que sea interrumpida. En desplazamiento no significa necesariamente “en movimiento”. “Cuánto tiempo puede durar la suspensión del movimiento, mientras la mercancía está en curso de desplazamiento, dependerá de las circunstancias”¹⁰. El desplazamiento incluye sus incidencias ordinarias, tales como detenciones breves y retrasos incidentales, incluso alguna desviación de la ruta programada. Incluye, por tanto, las paradas en que el conductor del vehículo duerme, toma un refresco o una comida¹¹, pero no -como en un caso sucedió- cuando pasa “una noche fuera de la ciudad”¹². También incluye un retraso “normal”¹³, incluso un retraso no completamente fuera del control del asegurado¹⁴; pero no incluye, por una parte un retraso significativo ordenado por el remitente para reconsiderar el destino de las mercancías¹⁵ ni tampoco, por otro lado, un retraso de más de unas pocas horas motivado por conveniencia para la operatividad del transportista¹⁶.

3. Los robos en carretera y la respuesta del seguro

Una excepción marítima al comienzo de la cobertura de desplazamiento surge cuando, pese a que la custodia y el control sobre las mercancías han pasado al transportista, es éste un transportista erróneo¹⁷ o en un viaje equivocado¹⁸ o en un buque errado: en tales casos, la cobertura que se había contratado no ha dado comienzo¹⁹. Esto es importante en casos de fraude: embarque en los llamados “buques-fantasma”; un “buque-fantasma” no es en absoluto un fantasma sino aquel que enseñada desaparece hacia un destino no programado, donde las mercancías igualmente se esfuman. La misma regla podría aplicarse también, en los movimientos por carretera, a un “camión fantasma”.

El robo es un evento tan frecuente que el transportista que no logra impedirlo será hecho responsable conforme al art. 17 de la Convención CMR; y en los peores casos perderá el derecho a la limitación máxima de responsabilidad, si se le aplica el art. 29. Más aún: el transportista puede

10 Commercial Union Assurance Co v Niger Co Ltd (1922) 13 Ll L Rep 75, 81-82 (HL).

11 Sadler Bros Co v Meredith [1963] 2 Lloyd's Rep 293, 307.

12 In casu Rome: SCA (Freight) Ltd v Gibson [1974] 2 Lloyd's Rep 533.

13 Sobre el concepto de retraso “normal”, vid Symington & Co v Union Ins Sy of Canton Ltd (1928) 30 Ll L Rep 280, 283; (1928) 31 Ll L Rep 179, 181 (CA); Crow's Transport Ltd v Phoenix Assurance Co Ltd [1965] 1 Lloyd's Rep 139, 144 (CA).

14 Esto es generalmente tratado en las cláusulas de los contratos, vid la cláusula “Terminación de la aventura”, cláusula 9 de las the Institute Cargo Clauses 1982.

15 Safadi v Western Assurance Co (1933) 46 Ll L Rep 140.

16 Por ejemplo, entre 2 y 16 días a bordo de un semirremolque, mientras el tractor estaba ocupado en otro servicio: Hartford Casualty Ins Co v Banker's Note, 817 F Supp 1567, 1573 (ND Ga, 1993).¹⁷ Kallis (supra).

17 allis (supra)

18 Israel & Co v Sedgwick [1893] 1 QB 303 (CA) citado con aprobación en Kallis (Manufacturers) Ltd v Success Ins Ltd [1985] 2 Lloyd's Rep 8 (PC).

19 Vid Nema v Deves [2003] 2 Lloyd's Rep 327 (CA); pero también dudas expresadas por M. Clarke, ‘The Law of Insurance Contracts’ (London 2005), chap. 18-2A6.

perder la cobertura de su seguro de responsabilidad, bien por aplicación de las cláusulas de riesgos excluidos (por falta de cuidado) bien por no haber cumplido exigencias sobre activación de medidas de seguridad: cerraduras o alarmas.

Volviendo al art. 17 de la CMR²⁰, sabemos que un transportista, salvo prueba en contra responsable de no entregar las mercancías robadas, a menudo intenta la exoneración contenida en el apartado 2 de ese mismo artículo, en que descansa todo el sistema de responsabilidad de la Convención. Dicho art. 17,2 prevé que “el transportista está exonerado de responsabilidad si la pérdida... han sido ocasionados... por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir”. La responsabilidad no es objetiva pero la obligación de cuidado es aún más estricta que la vigilancia razonable demandada en reclamación de daños y perjuicios (“by tort”) o la debida diligencia impuesta por las Reglas de La Haya-Visby en el transporte marítimo.

Lo que es exigible de un transportista por la Convención CMR, bajo su art. 17,2 fue determinado por la Jurisprudencia inglesa en el caso *Silber*, de la manera siguiente: “un nivel de cuidado situado entre, por una parte, la exigencia de tomar todas las precauciones razonables, por extremas que sean, dentro de los límites de la ley, y por otro lado el deber de no hacer más que actuar razonablemente de acuerdo con la habitual práctica de prudencia”. “No pudo evitar” significa “ni siquiera con su máximo cuidado”²¹. Para aplicar la prueba del máximo cuidado, el Tribunal se pregunta qué hubiera hecho un competente transportista profesional en la situación dada. La respuesta depende de varios factores y uno de ellos es la probabilidad de la pérdida, el daño o el retraso. Así, en los casos de robo, los Tribunales consideran que esa probabilidad es alta en lugares como Moscú²² o Milán, así como en algunas zonas del East End de Londres²³. Más aún, ciertas clases de engaño, como la desviación de los conductores que no sabían dónde estaba el lugar de destino, han sido hechas públicas, y así el transportista engañado ha perdido su posibilidad de defensa bajo el art. 17,2 de la CMR²⁴. Aliter, quizá, cuando el engaño y la violencia van juntos. Estos peligros están muy previstos por los ase-

20 El artículo 29 es estudiado infra en El trago amargo: la culpa grave equivalente a dolo.

21 [1985] 2 Lloyd's Rep. 243, 247. Vid M. Clarke 'International Carriage of Goods by Road: CMR' (4th edn., London 2003), para 74 ff. Máximo cuidado no quiere decir, en ningún sentido literal, cuidado extremo, sino que trae la noción de lo que es “práctico” y “lejos del absurdo”: *ibid.* Un criterio similar ha sido establecido en Austria: O.G.H. 16.3.77, SZ 50 no. 40, TranspR 1979.46, 1978 U.L.R. I 370; O.G.H. 19.1.94, TranspR 1994.282 and TranspR 1995.65. También en Alemania: 62 B.G.H. 21.12.66, N.J.W. 1967.499, 500; B.G.H. 5.6.81 (1982) 17 E.T.L. 301, 309; O.L.G. Hamburg 1.4.82, VersR 1982.1171; O.L.G. Hamburg 30.11.95, TranspR 1996.280; O.L.G. Hamburg 14.5.96, TranspR 1997.101; O.L.G. Munich 4.12.96, TranspR 1997.193, 195; O.L.G. Munich 10.1.97, TranspR 1997.277, 279; and O.L.G. Bremen 11.5.00, TranspR 2001.75, 76.

22 O.L.G. Hamburg 30.11.95, TranspR 1996.280, 282.

23 En un caso, un aparcamiento público para coches: *Texas Instruments v. Nason (Europe) Ltd* [1991] 1 Lloyd's Rep. 146.

24 O.L.G. Hamburg 30.11.95, TranspR 1996.280; O.L.G. Dusseldorf 20.3.97, TranspR 1997.425; O.L.G. Koln 16.1.98 TranspR 1999.203; O.L.G. Stuttgart 13.10.99 TranspR 2001.127; B.L.G. 13.4.00 TranspR 2000.407. Tampoco hay excusa cuando el conductor llega a una ciudad (Sofía) a las 22'00 horas sin un plano y tiene que salir del vehículo para preguntar por las señas: B.G.H. 13.4.2000, TranspR 2000.407.

guradores y por las asociaciones empresariales. Y esa publicidad ha sido un factor de influencia en los Tribunales europeos²⁵, especialmente cuando la carga es una de las codiciadas por los ladrones²⁶, o cuando requieran estrictas precauciones por parte del transportista, y condenan a los transportistas que no las adoptan.

Otro factor es el estado de conocimiento en la industria transportista²⁷. De nuevo, los aseguradores, directa o indirectamente a través de las asociaciones profesionales, han ofrecido información y asesoramiento a los transportistas, por ejemplo sobre dispositivos de seguridad para vehículos, o sobre localización de aparcamientos vigilados. Este proceso de "formación" y gestión de riesgos por los aseguradores ha sido reforzado en este y otros contextos mediante unas garantías, en virtud de las cuales el transportista pierde la cobertura del seguro salvo que ciertos procedimientos sean cumplidos²⁸.

Otro factor distinto aunque asociado es práctica corriente en el Sector transportista, relacionado con las reclamaciones en vía penal ("tort"), pero rechazado cuando alegado por los transportistas en los casos de robo²⁹. También ello es un reflejo del aumento de la criminalidad en ciertas partes de Europa, que en ciertos casos ha hecho inadecuadas las medidas de seguridad previas y comunes. El conocimiento ha tenido pros y contras para los transportistas, porque su responsabilidad ha aumentado con el flujo de información. Pese a ello, en el impacto de estos factores sobre la responsabilidad de los transportistas vemos la influencia, no del Sector asegurador o de la legislación sobre seguros, sino de los propios aseguradores, ejercida no por la fuerza de la ley sino por persuasión, y con vistas al beneficio mutuo de todos.

En la práctica, la persuasión puede ser poderosa, si no imperativa. El uso de un dispositivo anti-robo parece una condición "sine qua non" para la exoneración de responsabilidad en el marco de la Convención CMR³⁰. Igualmente, el uso de un dispositivo anti-robo puede ser una garantía para la cobertura del seguro. De manera que la empresa que queda privada de la mercancía bajo esas circunstancias puede también perder la

25 O.G.H. 29.6.83, (1984) 19 E.T.L. 526, 1986 U.L.R. II 602; B.G.H. 16.2.84, VersR 1984.551; O.L.G. Dusseldorf 11.5.89, TranspR 1990.60, 63; Cass. 20.1.90, B.T. 1990.778; O.L.G. Munich 12.5.90, TranspR 1989.427; O.L.G. Munich 4. 12.96, TranspR 1997.193, 196; O.L.G. Munich 31.3.98, TranspR 1998.353, 356.

26 Por ejemplo, cigarrillos: Antwerp 30.5.79 (1979) 14 E.T.L. 924; O.L.G. Hamburg 14.5.96, TranspR 1997.101; pantalones vaqueros: B.G.H. 16.2.84, VersR 1984.551; O.L.G. Munich 31.3.98, TranspR 1998.353; aparatos de sonido stereo y ropa: Silber Ltd v. Islander Trucking [1985] 2 Lloyd's Rep. 243; coches occidentals en Europa del Este: B.G.H. 13.4.2000, TranspR 2000. 407.

27 O.L.G. Hamburg 1.4.82, VersR 1982.1172; Cass. 20.1.90, B.T. 990.778.

28 Por ejemplo, Paris 14.10.81, B.T. 1982.158; Chambery 27.6.84, B.T. 1985.159.

29 Galley Footwear v. Iaboni [1982] 2 All E.R. 200, 207.

30 Por ejemplo, Limoges 1.3.83, B.T. 1983.330; O.L.G. Munich 12.5.89, TranspR 1990.427; O.L.G. Innsbruck 26.1.90, 1991.12; O.L.G. Munich 31.3.98, TranspR 1998.353, 356; O.L.G. Munich 27.5.98, TranspR 1998.357, 360. Sin embargo, en situaciones en las que el robo es frecuente, el uso de mecanismos anti-robo sin ninguna otra precaución nunca es bastante: Por ejemplo, Toulouse 16.4.81, B.T. 1981.318, 1981 U.L.R. II 232; B.G.H. 16.2.84, VersR 1984.551.

cobertura de su seguro³¹. Esto ciertamente es un panorama con impacto en la práctica transportista.

4. Legislación

Tanto si es calificado de “impacto” como si no lo es, la recíproca influencia entre la legislación de seguro y la de transporte resulta más visible en el curso de su respectivo desarrollo.

A nivel nacional, la Asociación de Aseguradores Británicos (ABI) toma un gran interés por lo que se propone en el Parlamento del Reino Unido y lleva su influencia hasta la presión. Lo cual generalmente está en condiciones de hacer. Un significativo número de los miembros electos del Parlamento tiene vínculos financieros con la industria aseguradora. La ABI hace “lobby” en materias que conciernen a los aseguradores y pueden esperar ser recibidos en audiencia³² no sólo por dichos diputados individualmente, sino además por la política del Gobierno británico de pedir a los ministerios que hagan un Informe sobre impacto en la normativa (“Regulatory Impact Assessment”, RIA) cuando se prepara cualquier normativa. La asociación ABI es una de las entidades habitualmente consultadas en tales procesos, por lo que respecta al impacto de la legislación propuesta en los costes del seguro y en la misma posibilidad de asegurar. Un chocante ejemplo actual se refiere a los límites de la cobertura de responsabilidad, sobre todo de los empresarios.

A nivel internacional, la influencia de los aseguradores queda reflejada en las palabras de Lord Diplock con las que empieza el presente artículo, relativas a los Convenios sobre transporte marítimo³³. El caso más reciente se refiere a transporte aéreo. Las razones principales para el límite de indemnización relativamente bajo en la Convención de Varsovia de 1929 fueron la “necesaria protección a una industria financieramente débil”³⁴, que los transportistas pudieran atraer capital que “de otro modo huiría atemorizado por el miedo a un accidente catastrófico”³⁵ y que ellos puedan ser capaces de obtener primas de seguro asumibles³⁶. El límite “se debió a la incapacidad de los transportistas de asegurarse contra los riesgos al admitir que los pasajeros podían obtener el seguro por sí mismos”³⁷. Los pasajeros de 1929 eran gente rica que podían fácilmente contratar ellos mismos sus seguros, si es que se molestaban en hacerlo. Generalmente, los pasajeros y las mercancías de los años 1990 son muy diferentes. Antes de lo que llegó a ser la Convención de Montreal de 1999³⁸ se constituyó un Grupo de estudio³⁹ para considerar si un aumento

31 Por ejemplo, Cass. 31.3.87, B.T. 1987.280.

32 Vid por ejemplo R.K. Lewis, ‘Lobbying and the Damages Act 1966’, (1997) 60 MLR 230.

33 En relación a ello vid también M. F. Sturley, 24 J.M.L.C. 119-149 (1993).

34 *Floyd v Eastern Airlines, Inc*, 872 F.2d 1462, 1467 (11 Cir, 1989),

35 *Lowenfeld and Mendelsohn* 80 Harv. L.R. 497, 499 (1967)

36 *Ibid* p 500.

37 *Floyd* (supra) p 1462

de los límites de responsabilidad en el sentido que podría ser eventualmente acordado era viable. Sólo después que el Grupo de estudio concluyó que el aumento costaría a los pasajeros no más que 2 dólares por viaje de ida y vuelta⁴⁰, fue cuando la Convención fue efectivamente establecida en 1999.

En Enero de 2001, para una compañía aérea occidental de tamaño medio bien gestionada, que trabajase con aviones modernos de todos los tamaños, para pasajeros, el coste del seguro (para el transporte sumado tanto de pasajeros como de mercancías) apenas superaba el 1'5 por ciento de todos los costes operativos. La situación desde el ataque aéreo terrorista al World Trade Centre en Septiembre 2001 aún no está completamente clara. Una investigación efectuada en 2004 resultó en el anuncio por el entonces presidente de la Asociación Lloyd's para la Aviación de una reducción de las pérdidas, que eran poco más del 60 por ciento de las primas recibidas; y de esa misma investigación se dedujo que la aviación era uno de los pocos sectores en que el coste de la responsabilidad estaba bajando. De hecho, para los pasajeros el año 2004 alcanzó el récord de seguridad. Hoy se estima que para las compañías aéreas el coste del seguro se ha duplicado desde 2001; pero siendo de un 3 a un 5 por ciento de todos los costes operativos, todavía es un coste muy asumible, a pesar del régimen más estricto de responsabilidad, tanto para los pasajeros como para las mercancías, que se establece en la Convención de 1999.

Desde luego, el asunto principal, que es el reaseguro y la asegurableidad misma, se planteó antes de que cualquier cambio en el régimen de responsabilidad fuese introducido. Actualmente muchas compañías funcionan con pérdidas, pero ello no es atribuible al coste de los seguros. Análogas investigaciones han sido llevadas a cabo en Europa en relación a la responsabilidad en transporte intermodal. Un informe presentado a la Comisión Europea⁴¹ en 1999 sobre un posible régimen para el transporte intermodal en Europa concluyó que "cualquier aumento sustantivo de la responsabilidad del transportista tiene implicaciones en la estructura de la cobertura del seguro y puede afectar al actual mercado. En particular, la posición y la cuota de mercado de los proveedores de seguros puede variar.

El tema de los seguros es complejo. El sentido común sugiere que un modelo claro de responsabilidad haría el seguro menos oneroso, pero esto es discutido por algunos aseguradores. Es una disputa que realmente no puede decidirse en ausencia de datos fiables⁴². Cuando el informe fue

38 Convención para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, de 28 Mayo 1999. Vid su texto en (2004) 39 ETL, no 6. En la mayoría de países europeos entró en vigor en 2003.

39 Vid Weber & Jakob, 21 Air & Space Law 175, 177 ff. (1996).

40 Batra, 67 J Air L & Comm 429, 434 (2000). El coste promedio del billete de ida y vuelta en aquel momento era de 620 Dólares: Weber & Jakob p 178.

41 'Intermodal Transportation and Carrier Liability' (Luxembourg, Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea).

42 Ibid párrafo 25.

debatido en la Comisión, la respuesta de ésta fue retrasada, pendiente de un futuro informe sobre las implicaciones del seguro⁴³. En el improbable evento de una modificación importante de la Convención CMR, no es muy dudoso que no se llevaría a cabo sin antes consultar a la industria aseguradora europea.

5. El trago amargo: la culpa grave

En el presente trabajo lo que sostengo es que el “impacto” del seguro sobre la legislación de transporte no es perjudicial, indeseable ni sorpresivo; y que ese impacto quedaría mejor descrito como una relación de interdependencia. Sin embargo, en un aspecto específico, señalaré que este “impacto” ha sido contrario; lo que en una imagen canina denominaríamos el mordisco amargo, pues ciertas normas del Derecho del transporte pueden haber configurado la legislación de seguros.

Como es bien sabido, el art. 29,1 de la Convención CMR establece que: “El transportista no tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones del presente capítulo que excluyen o limitan su responsabilidad, o que invierten la carga de la prueba, si el daño ha sido causado por su dolo o por culpa que le sea imputable y que sea equiparada a dolo por la Ley de la Jurisdicción que conozca la reclamación”.

Culpa grave equiparable a dolo (“Wilful misconduct”) ha sido la decisión jurisprudencial en Inglaterra, Francia y Alemania cuando hubo la posibilidad de utilizar un parking cerrado y vigilado, pero el vehículo y la mercancía en él contenida fueron dejados sin vigilancia durante una noche en un lugar público, de donde fueron robados⁴⁴. Más aún, en Alemania ha sido declarado que un conductor único con un cargamento de material fotográfico que, al tiempo en que el alto riesgo de robo en Italia era de conocimiento generalizado en el Sector transportista, pasó la noche en un aparcamiento no vigilado adyacente a una autopista italiana incurrió en “culpa equivalente”⁴⁵. Inglaterra no tiene tal concepto. El corolario es que dejar una mercancía cerrada con llave en lo que parece ser un lugar seguro no infringe el art. 29 de la Convención CMR. Lo mismo ha sido declarado en la interpreta-

43 Vid ‘Economic Impact of Carrier Liability on Intermodal Freight Transport’ 2001: http://europa.eu.int/comm/transport/library/final_report.pdf

No obstante, vid también, ‘Economic Impact of Carrier Liability on Intermodal Freight Transport’ 2001:

http://europa.eu.int/comm/transport/library/final_report.pdf

http://www.europa.eu.int/comm/transport/themes/land/english/lt_28_en.html

UNECE executive summary: TRANS/WP.24/2002/7.

44 *Texas Instruments Ltd v. Nasan (Europe) Ltd* [1991] 1 Lloyd's Rep. 146. Cass. 13.1.81 (1981) 16 E.T.L. 686: un camión cerrado con llave pero no vigilado fue dejado por la noche en una calle de París; Cass. 14.12.81 (1983) 18 E.T.L. 51 mercancías de considerable valor fueron dejadas en el vehículo durante tres noches en el patio de una concurrida estación de ferrocarril, donde, como el transportista sabía –o debía haber sabido- ya se habían producido robos anteriormente. Vid también B.G.H. 17.4.97, *TranspR* 1998.65 and *HansOLG Hamburg* 17.1.2001 *TranspR* 2002.238.

45 B.G.H. 14.7.83 (1985) 20 E.T.L. 95, 1986 U.L.R. II 596. Vid también B.G.H. 16.2.84, *VersR* 1984.551; y B.G.H. 17.4.97, *TranspR* 1998.65.

ción de las pólizas de seguro para vehículos y su contenido, aunque se trata de casos no concernientes a transportes por carretera, sino a coches privados⁴⁶.

Culpa grave equiparable a dolo (“Wilful misconduct”) es un concepto muy arraigado en la Jurisprudencia inglesa, desde tempranos casos relativos a otros modos: transporte por ferrocarril en el siglo XIX, y aéreo en el siglo XX –no tanto en transporte por carretera-. El razonamiento en tales otros casos ha influido en la interpretación de los contratos de transporte por carretera, tanto los contratos regidos por la Convención CMR como las coberturas de seguro en supuestos de vehículos faltos de vigilancia⁴⁷.

Así, en el caso *Jones v. Bencher*⁴⁸, uno de los pocos litigios llevados ante los Tribunales ingleses en que se discutía la aplicación del art. 29 de la Convención CMR, se confió en la argumentación de un caso del siglo XIX relativo a transporte ferroviario, en el sentido de que culpa grave equiparable a dolo “significa una mala conducta de la cual la intencionalidad forma parte, al contrario que en el accidente o en la negligencia”, de manera que “la persona culpable de la misma debería saber que de ella resultaría un daño”, y que sería culpa grave si “actuó bajo la suposición de que sería dañosa y con indiferencia en la averiguación de si sería dañosa o no”⁴⁹.

Más aún, de casos sobre transporte aéreo regidos por el art. 25 de la Convención de Varsovia de 1929 –más que de litigios sobre transporte por ferrocarril regidos por el “common law”- aparece que hay culpa grave equivalente a dolo si una persona intenta causar la pérdida o el daño, o actúa con temeridad, sin preocuparse de cuál pueda ser el resultado. En el caso *Horobin v. BOAC*⁵⁰ el Tribunal declaró que para incurrir en “culpa grave equivalente a dolo, la persona de que se trate debe saber que está actuando erróneamente, o que equivocadamente está omitiendo una actuación, y a pesar de ello persiste en esa actuación u omisión, sin importarle las consecuencias... o con indiferencia temeraria respecto a cuáles puedan ser los resultados”. Esto apunta a algo peor que negligencia e incluso que negligencia grave⁵¹. Apunta a un elemento de efectiva consciencia.

La peculiaridad de ese razonamiento es que, en Inglaterra, no preocuparse de las consecuencias hace a una persona temeraria, tanto

46 Vid el caso *Devco*, infra nota 58.

47 La cobertura de desplazamiento generalmente excluye la indemnización si las mercancías se dejan sin vigilancia: por ejemplo, *Starfire Diamond Rings Ltd v Angel* [1962] 2 Lloyd's Rep 217 (CA).

48 [1986] 1 Lloyd's Rep. 54.

49 *Lewis v. GWR* (1877) 3 QBD 195, 206.

50 [1952] 2 All ER 1016, 1022.

51 *Ibid.* idem, *Rustenburg Platinum Mines v. SAA* [1977] 1 Lloyd's Rep. 564, 569, por Ackner J. afirmado [1979] 1 Lloyd's Rep. 19, C.A.

si la pérdida o el daño probablemente resultasen como si no; y el resultado adverso es lo que sucederá si es probable que suceda⁵². Si la mala conducta es voluntaria (“willful”), basta que con ella el riesgo de pérdida o daño se haya incrementado, tanto si con ello se ha hecho probable como si no⁵³. En contraste con ello, prestigiosas declaraciones por los Tribunales estadounidenses sobre la Convención de Varsovia indican que, para que allí se considere que hay culpa grave equiparable a dolo, la pérdida o el daños tienen que ser un resultado probable⁵⁴. Así, en Inglaterra no se pone el énfasis en la probabilidad objetiva de la pérdida o del daño, sino en el proceso mental del actor y en el carácter incorrecto de su conducta: eso es lo que hace que la mala conducta sea voluntaria. Consecuentemente, mientras en los Estados Unidos el proceso mental del transportista puede ser inferido de hechos objetivos, y la culpa grave equivalente a dolo “puede estar basada en el efecto acumulado de numerosas desviaciones de la actuación requerida”⁵⁵, esto es menos cierto en Inglaterra⁵⁶. Esta es precisamente la noción que los Tribunales británicos han establecido para el art. 29 de la Convención CMR y para los litigios sobre seguros.

6. La responsabilidad extracontractual (“TORT”)

Volviendo a los litigios sobre seguros, encontramos el mismo concepto subjetivo de culpa grave equivalente a dolo. En gran número de casos más modernos en que el titular de una póliza habían dejado un vehículo con las llaves puestas, tanto los Tribunales⁵⁷ como Defensor Financiero del Pueblo (“Financial Ombudsman Service”)⁵⁸, que se ocupa de pequeñas reclamaciones, han sostenido el criterio de que tales cláusulas no causarán el fracaso de la reclamación, salvo (lo que afirmativamente se declara en la mayoría de los casos) que el reclamante haya sido temerario en el sentido de consciencia del riesgo de robo.

En los casos sobre seguros también encontramos otra influencia jurídica extraña: la analogía con la reclamación por perjuicios (“tort”). A este respecto el caso más importante es Sofi⁵⁹. El suscriptor de una póliza y su familia partieron de vacaciones, con su coche, en el ferry de Dover a Francia. En una caja que medía 30 x 15 centímetros, guardada en la guan-

52 Goldman v. Thai Airways International [1983] 3 All E.R. 693, 700 (C.A.).

53 See Horobin (supra) p 1020.

54 Cohen v. Varig Airlines, 495 NYS 2d 44, 47 (1978), cita de Berner v. British Commonwealth Pacific Airlines, 346 F. 2d 532, 537 (2 Cir., 1965), con énfasis añadido. Vid también Wing Hang Bk Ltd v. JAL Co. 357 F Supp 94, 96-97 (S.D. N.Y., 1973). Sin embargo, puede sostenerse que la diferencia es exagerada. Hoy es más seguro decir que los Tribunales de Estados Unidos están más dispuestos a inferir un proceso mental a partir de indicios objetivos: Clarke, Contracts of Carriage by Air (London 2002) Art. 25, nota 4.4.

55 Reiner v. Alitalia Airlines, 9 Avi.Cas. 18,228 (N.Y., 1966).

56 Horobin (supra) [1952] 2 All ER 1016, 1032.

57 Por ejemplo Devco Holder v Legal & General [1993] 2 Lloyd's Rep 567 (CA).

58 Vid Ombudsman News, Septiembre 2003, Mayo/ Junio 2004, y Julio 2004.

59 Sofi v. Prudential Assurance Co. Ltd [1993] 2 Lloyd's Rep. 559 (CA).

tera del coche, había joyas de alto valor. Siendo demasiado temprano para tomar el ferry, pararon en un aparcamiento vacío y no vigilado para echar un rápido vistazo al Castillo de Dover. Cogieron su dinero y los cheques de viaje, pero dejaron todo lo demás en el coche. A su regreso, quince minutos después, encontraron que el coche había sido desvalijado y las joyas robadas. El argumento del asegurador de que el titular del seguro había incumplido una de las condiciones de la póliza, que le obligaba a tomar “todas las medidas razonables para salvaguardar cualquier propiedad asegurada”, no fue estimado.

En el análisis por el Tribunal de Apelación, vemos algo de concepción heurística en el esquema de la reclamación. Este es el lenguaje que la psicología aplica al proceso mental mediante el cual el pensador busca relacionar un nuevo elemento con modelos establecidos por la experiencia. En otras palabras más familiares a los juristas, los Tribunales buscan la analogía con un precedente o con un concepto común o legalmente establecido, *in casu* el incumplimiento de una obligación de cuidado⁶⁰.

Desde esta perspectiva y la analogía con la reclamación de perjuicios (“tort”), la gravedad del riesgo en el caso Sofi (a los ladrones les atraen las joyas) y la trivialidad de la ocasión (una visita casual al Castillo de Dover) contaron en contra del reclamante. Sin embargo, la escasa probabilidad del robo (durante una corta ausencia de un aparcamiento vacío) y la dificultad de adoptar precauciones adecuadas (qué hacer con la caja) contaron a su favor. Puestos juntos tales factores, y aunque el titular del seguro era claramente consciente de la posibilidad de ser robado, el Tribunal de Apelación declaró que, aun habiendo podido ser dicho titular poco cuidadoso, tal falta de cuidado no era suficientemente intensa como para ser considerada incumplimiento de condición. De otro modo, el propósito de esta clase de seguros, que es cubrir el descuido del suscriptor, se perdería⁶¹. Para incumplir la condición prevista en la póliza, el asegurado tendría que haber sido (y en este caso no lo fue) temerario. Por tanto, no incumplió la condición de cuidado, y su reclamación contra la compañía de seguros tuvo éxito.

7. La respuesta de los jueces razonables

Estos casos muestran que, para decidir si el titular de un seguro ha “tomado precauciones”, como exigen muchas de las cláusulas de las pólizas que pretenden hacer a los suscriptores más cuidadosos, las razones de los Tribunales se dirigen en el modo más familiar que sucede en las reclamaciones por perjuicios (“in tort”) al decidir si el demandado ha sido negligente.

60 También vemos esto en la visión del Tribunal sobre el art. 17,2 en el caso más importante Silber: supra nota 22.

61 Esta es una regla bien establecida para la interpretación de las pólizas de seguro: por ejemplo, *Cornish v Accident Ins Co* (1889) 23 QBD 453, 457 (CA). Clarke (supra nota 20) 19-2A.

En primer lugar, el Tribunal establece el nivel de cuidado exigible de acuerdo con la clase de persona que el titular de la póliza se supone ser, es decir, conforme a los conocimientos y la pericia que cabe esperar de alguien como él⁶². Así, cuando se trata de adoptar precauciones contra ladrones, se exigen mayores niveles a los transportistas por carretera que a los particulares en su esfera privada. El Tribunal valora el grado de cuidado que debe esperarse, teniendo en cuenta la situación en que el riesgo apareció: cuanto más probable era el riesgo, más cuidado se exigía⁶³, lo cual a su vez depende, por ejemplo en los seguros de responsabilidad, del peligro de la operación o en los seguros a todo riesgo o en los de desplazamiento, del grado de atracción de la mercancía para los ladrones. Cuanto más graves son las consecuencias de la pérdida, más cuidado se exige⁶⁴, lo cual a su vez depende de la clase de daños humanos en perspectiva o del valor de la mercancía. Cuanto más viables (baratas y disponibles) sean las precauciones, más cabe esperar de los titulares de pólizas en ese sentido, lo cual a su vez finalmente depende de la ubicación y medios del titular de la póliza afectado.

La interdependencia de los conceptos jurídicos no queda limitada a estos casos, sino que me parece que debe ser aplaudida en general. Con una reserva, y ello es en el ámbito del Derecho del transporte internacional, cuando los Tribunales no deberían depender de los conceptos del Derecho nacional, como los Tribunales ingleses han hecho con el concepto de culpa grave equivalente a dolo (“wilful misconduct”)⁶⁵, sino buscar la analogía en el ámbito internacional. Con esa reserva, se debe elogiar un desarrollo que mantiene los conceptos en la vía principal de la legalidad, más que en recovecos y giros, con los que sólo una minoría de especialistas –jueces o tratadistas- están familiarizados.

He escrito cuanto antecede con todo mi respeto y cariño al especialista y buen amigo D. Francisco Miguel Sánchez Gamborino, en cuya memoria el presente libro ha sido publicado, y cuya contribución al mismo es un honor para mí.

Traducido por F.J. Sánchez-Gamborino

62 En reclamación de perjuicios (“tort”) vid *Nettleship v. Weston* [1971] 2 QB 691 (C.A.).

63 En reclamación de perjuicios (“In tort”) vid por ejemplo *Bolton v. Stone* [1951] AC 850.

64 En reclamación de perjuicios (“In tort”) vid por ejemplo *Paris v. Stepney B.C.* [1951] AC 367.

65 Bajo las Reglas de La Haya-Visby, cfr. Por ejemplo *The Antares* [1987] 1 Lloyd’s Rep 424 (CA).

6. TRANSPORTE MULTIMODAL

EL PROYECTO DE INSTRUMENTO DE UNCITRAL SOBRE DERECHO DEL TRANSPORTE. IMPLICACIONES PARA EL TRANSPORTE INTERNACIONAL POR CARRETERA

Por

José M^a. ALCÁNTARA

Abogado

Consejero Ejecutivo del CMI

(Madrid)

1. Antecedentes. En búsqueda de un régimen uniforme.

Hace más de 60 años la comunidad internacional de transportes apuntó la necesidad de un régimen regulador que cubriese el movimiento de mercancías de Puerta a Puerta, y la tarea de estudio fue comenzada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). En aquella época estos estudios fueron considerados puramente teóricos por los círculos comerciales; pero cuando el contenedor se convirtió en el medio de embalaje preferido entonces se produjeron fundadas razones comerciales para intentar resolver los problemas sobre una regulación del servicio Puerta a Puerta. Las mercancías se estibaban en una unidad, llamada contenedor, que podía ser colocada sobre diferentes medios de transporte tales como buques, vagones de ferrocarril, aeronaves y vehículos terrestres, de modo que se las hiciera proceder desde el punto de origen hasta el punto de destino final sin necesidad de que fueran tocadas o manipuladas las mercancías después de su colocación inicial dentro del contenedor y antes de la entrega en su destino último. Esta problemática ya había sido tratada en algunas Convenciones Internacionales, tales como las de CMR (Convención para Transporte de Mercancías por Carretera) y CIM/COTIF (Convención para Transporte de Mercancías por Ferrocarril) respectivamente. Sin embargo, y con algunas excepciones estas Convenciones sólo fueron adoptadas por países europeos. Por ello, se comenzó a trabajar en una Convención Multimodal (Convención MT) con alcance universal, y el 24 de Mayo de 1980 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas de Transporte Internacional Multimodal de Mercancías (Convención MT).

No obstante, y a la fecha de hoy, han pasado más de 20 años y la Convención MT no ha entrado en vigor. Se exigirán 30 Estados contratantes y hasta el momento sólo hay 9 que la hayan adoptado (Burundi, Chile, Georgia, Malawi, México, Marruecos, Ruanda, Senegal y Zambia).

A finales de la década de los 80 apareció en los medios comerciales completamente claro que la Convención MT no iba a entrar en vigor en fecha próxima, y así la UNCTAD recibió una petición del sector privado para componer un juego de reglas voluntarias que estarían destinadas a rellenar el tránsito hasta que la Convención MT entrase en vigor. La UNCTAD designó un Grupo de Trabajo en colaboración con la CCI bajo la Presidencia del Profesor Ramberg, con el mandato de preparar tales reglas voluntarias y con la participación del sector privado en su mayor

amplitud incluyendo armadores, cargadores, aseguradores y la FIATA. El texto final fue aprobado con vigencia a partir del 1 de Enero de 1992 y al mismo tiempo fueron retiradas las viejas Reglas de la CCI para Documentos de Transporte Combinado.

Las Reglas CCI/UNCTAD, por tanto, no estaban destinadas a substituir a la Convención MT, y fueron fabricadas para su uso por los agentes privados que quisieran voluntariamente incluirlas en sus contratos; pero, de ningún modo, habrían de servir de base para las leyes nacionales sobre Transporte Multimodal.

Las nuevas Reglas de 1992 tienen aplicación internacional plena para el comercio y son aceptadas por la comunidad bancaria ya que ofrecen compatibilidad con la última revisión de las UCP-500 (Reglas para Créditos Documentarios).

Las Reglas CCI/UNCTAD se fundamentan en los regímenes de responsabilidad ya existentes, es decir, se someten al régimen de responsabilidad de las Reglas de La Haya-Visby para transporte marítimo; pero su aplicación debe ser voluntaria y no constituyen un modelo de régimen de responsabilidad para el porteador multimodal. Con todo, éso es precisamente lo que ha ocurrido en un número de países donde hacía falta una regulación del Transporte Multimodal ante la ausencia de una Convención global.

La situación de hoy, por tanto, es que sólo existen dos regímenes multimodales de carácter universal. Una es la Convención MT, que no ha entrado en vigor, y el otro las Reglas voluntarias CCI/UNCTAD para documentos de transporte multimodal.

El fenómeno de dispersión, o desintegrador, ante la ausencia de una Convención internacional, que en el caso de la de 1980 fue víctima de lo sucedido con la Convención de Hamburgo de 1978, no hace sino aumentar con la creación de leyes de transporte multimodal en diversos países con carácter de regulación nacional. Así se ha producido el caso de China, Alemania, India, Mexico y los Países Bajos. Legislaciones de carácter regional también se han formado en los países del Pacto Andino, a saber, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Todavía aún, los países integrados en el grupo regional latinoamericano ALADI, incluyendo todos los del Pacto Andino más Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay han suscrito un acuerdo regional sobre transporte multimodal (que no ha entrado aún en vigor, pero Argentina, Chile y Brasil tienen su propia regulación de transporte multimodal).

El movimiento desunificador avanza en otros continentes y así los países miembros del Pacto ASEAN están estudiando tener una legislación multimodal propia. Este es el caso de Paquistán, Nepal, Tailandia y los Estados Unidos, puesto que es posible asumir que el proyecto de la nueva COGSA americana constituye un tipo de regulación sobre transporte multimodal.

Dicho de otro modo, podemos calcular que más de 20 países podrían haber decidido emprender su propio camino para regular el transporte multimodal (aunque los 10 países del ASEAN es probable que adopten una legislación armonizada). Añadiremos que la Comisión Europea está investigando en la actualidad la situación reguladora del transporte multimodal. Eventualmente, si este proceso continúa podríamos encontrarnos con regímenes legales en un grupo de entre 30 y 45 países que no son compatibles entre sí. Es decir, exactamente lo contrario a la deseada uniformidad.

Otro problema de estas iniciativas nacionales o regionales es que las mismas tienen un ámbito limitado y, por tanto, no responden a la cuestión original, a saber, cómo inventar un sistema global de responsabilidad para el transporte Puerta a Puerta.

Por ello, las Naciones Unidas continuaron apoyando la búsqueda de una Convención global ya que la misma sería la única respuesta posible para evitar la fragmentación que ofrecen los regímenes unimodales y también para superar la intervención o injerencia de otras Convenciones de aplicación obligatoria en reglas voluntarias que se pudieran adoptar para el Transporte Multimodal.

El director elegido para el debate fue UNCITRAL, a partir de preparativos de colaboración con el CMI para un tratamiento nuevo globalizado, que abarcaría otros aspectos conexos con el transporte marítimo y el multimodal, conocido con el nombre de "Grand Unified Theory" o GUT, tal como fue aprobado en la 29 Sesión de UNCITRAL en Nueva York en Junio de 1996.

2. Los trabajos actuales de la UNCITRAL

En la nota de la Secretaría de la UNCITRAL, de 8 de enero de 2002, preparando los debates tenidos en la Sesión Novena de New Cork 15-26 de Abril de 2002, se recogía el punto de partida para decidir el ámbito de aplicación del futuro convenio. El proyecto de nuevo contrato internacional se concebía para regular un transporte transfronterizo de mercancías por vía marítima pero con tramos situados entre los lugares de recepción y de entrega y los puertos de carga y descarga respectivamente en los que pueda tener lugar un transporte terrestre o ferroviario. Este tipo de transporte internacional Puerta-Puerta, es marítimo en primer término, y terrestre- mayoritariamente- o ferroviario o aéreo, en segundo.

En el 12 período de Sesiones, de Viena 6-17 Octubre 2003, se discutió una variante A) que eliminaba la expresión "de mercancías por mar", y refiriendo el ámbito a "todos los contratos de transporte" habría permitido el acceso a un régimen intermodal puro: marítimo/terrestre/ferroviario/aéreo/fluvial. Pero el Grupo de trabajo III, siguiendo la tendencia marcada por el CMI, se decidió por un tipo de transporte, efectivamente multimodal, pero en el que uno de los modos, a la vez el principal, ha de efectuarse por vía marítima.

El proyecto de UNCITRAL contemplaba, así, una fase de transporte terrestre conexas y lindante con la del transporte marítimo. De tal manera se le ha llamado "transporte marítimo plus".

Durante el 12^o período de sesiones, el Grupo de trabajo decidió reformular los artículos 1^o y 2^o.1 del Proyecto, relativos al ámbito de aplicación de éstos cuyo tenor, recogido en la Nota de la Secretaría de Naciones Unidas A/CN.9/WG.III/WP.36 es el siguiente: "Art. 1^o Definiciones

A los efectos del presente instrumento:

a) Por contrato de transporte se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, contra pago del flete, se comprometa a transportar mercancías por mar de un lugar situado en un Estado a otro lugar situado en otro Estado, y en virtud del cual dicho porteador pueda comprometerse también a transportar las mercancías por otros medios antes o después del transporte por mar."

Art. 2^o

1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3^o, el presente instrumento se aplicará a todos los contratos de transporte si

a) el lugar de recepción {o el puerto de carga} especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado contratante,

b) el lugar de entrega {o el puerto de descarga} especificado en el contrato de transporte o en los datos del contrato está situado en un Estado Contratante.

c) {el lugar en que se realiza efectivamente la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega especificados en el contrato de transporte o en los datos del contrato y si dicho lugar está situado en un Estado Contratante, o si}

d) el contrato de transporte estipula que se regirá por el presente instrumento o por la legislación de cualquier Estado que le dé efecto.

{1.bis. Se considerará un contrato de transporte en el sentido del apartado a) del artículo 1 todo contrato que prevea la opción de transportar las mercancías por mar, siempre y cuando las mercancías se transporten efectivamente por mar.}"

3. La regulación del transporte internacional de mercancías por carretera y el proyecto de instrumento de UNCITRAL.

En el ámbito europeo es el Convenio de Ginebra de 1956, CMR, el aplicable a los transportes internacionales que se realicen por carretera. Al tratar de regular el instrumento de UNCITRAL el transporte Puerta-Puerta, necesariamente se invade el terreno de la regulación del transporte terrestre por carretera, puesto que en la práctica totalidad de los transportes

Puerta-Puerta existirá dicha fase terrestre que en ocasiones puede ser internacional. A los efectos de este estudio, podemos citar las normas del CMR relativas a su ámbito de aplicación y así:

El artículo 1^º Convenio CMR. “El presente Convenio se aplicará a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, siempre que el lugar de toma de la carga de la mercancía y el lugar previsto para la entrega estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, independientemente del domicilio y nacionalidad de las partes del contrato.”

Art. 2^º.1 CMR. “En el caso de que el vehículo que contiene la mercancía sea transportado por mar, ferrocarril, vía navegable interior o aire en una parte de su recorrido, sin ruptura de carga –salvo en el caso en que eventualmente se aplique el artículo 14–, este Convenio se aplicará al conjunto del transporte.”

Las definiciones del ámbito geográfico en el Convenio CMR, de 19 de mayo de 1956, y en el proyecto de instrumento de UNCITRAL sobre “Derecho del Transporte”, según los dos primeros artículos traspuestos en el punto anterior, son coincidentes: se cubre un transporte de mercancías entre dos puntos, de carga y entrega, situados en dos países diferentes. Pero el ámbito espacial difiere ya que en el CMR las mercancías viajan por carretera y en el instrumento de UNCITRAL lo harán por vía marítima y sólo en tramos anteriores o posteriores a la misma por carretera (u otro tipo de transporte). Por tanto, y en virtud del Art. 2^º.1 CMR, puede darse una situación de encuentro o solapamiento de regulaciones, ya que puede existir un tramo por carretera internacional conexas con el modo marítimo y un tramo marítimo del vehículo que transporta las mercancías.

4. Solapamiento de regulaciones. Propuestas de solución incluidas en el instrumento de UNCITRAL

A la pregunta sobre qué Convenio, CMR o el instrumento de Uncitral, prevalecería en caso de transportes terrestres internacionales por carretera realizados con carácter previo o posterior a un transporte marítimo internacional con el mismo porteador, parece poder contestarse atendiendo a la significativa actual redacción del artículo 8 del proyecto de UNCITRAL:

1. “Cuando surja una reclamación o una controversia por pérdida o daño de las mercancías o por retraso que se haya producido únicamente durante uno de los periodos que se enuncian a continuación:

- a) desde el momento de la recepción de las mercancías por el porteador o una parte ejecutante hasta el momento en que se cargan al buque;
 - b) desde el momento en que se descargan del buque hasta el momento en que se entregan al consignatario;
- y si cuando se produzcan dicha pérdida, dichos daños o dicho retraso, existen disposiciones de un convenio internacional (o de derecho interno) que

i) según sus propios términos, se apliquen a la totalidad o a una parte de las actividades del porteador con arreglo al contrato de transporte durante dicho período, {independientemente de que sea necesario o no emitir un determinado documento a fin de que dicho convenio internacional pueda ser aplicable}, y

ii) enuncien disposiciones concretas sobre la responsabilidad o la limitación de responsabilidad del porteador o el plazo para incoar una demanda, y

iii) de las que un contrato privado no se pueda apartar por completo ni en detrimento del cargador, dichas disposiciones, en la medida en que sean imperativas según se indica en el inciso iii) supra, prevalecerán sobre las disposiciones del presente instrumento.}

2. Las disposiciones del artículo 8 no afectarán a la aplicación del artículo 18.2).

3. El artículo 8 se aplicará independientemente de la legislación nacional por lo demás aplicable al contrato de transporte.”

Art. 18.2 del proyecto de UNCITRAL *“No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o resultaron dañadas durante el transporte marítimo o durante la etapa de transporte anterior o posterior al tramo marítimo, se aplicará el máximo límite de responsabilidad previsto en las disposiciones imperativas internacionales y nacionales que rijan los distintos tramos del transporte.”*

Por tanto, en el supuesto de que en un determinado tramo resulte aplicable el Convenio CMR de forma imperativa, el instrumento de UNCITRAL no se aplicará, pero se le permitirá al Porteador hacer uso del límite máximo de responsabilidad.

Capítulo 18.– Otros Convenios

Art. 83 *“A reserva de lo dispuesto en el artículo 86, nada de lo dispuesto en el presente instrumento impedirá que un Estado Contratante aplique algún otro instrumento internacional que esté ya en vigor en la fecha del presente instrumento y que sea imperativamente aplicable a contratos primordialmente destinados al transporte de mercancías por algún modo de transporte que no sea el transporte por mar.”*

Art. 84 *“Entre Estados que sean partes en el presente instrumento, su régimen prevalecerá sobre el de todo otro tratado anterior en el que también sean partes (cuando alguna de sus disposiciones sea incompatible con la de esos instrumentos).”*

Art. 85 *“El presente instrumento no modificara los derechos ni las obligaciones del porteador, o de la parte ejecutante, previstos en otros convenios internacionales o normas de derecho interno que regulen los límites de la responsabilidad relativos a la explotación comercial de buques.”*

A la vista de la regulación propuesta en este instrumento de proyecto de la UNCITRAL, parece clara la intención del legislador de respetar los convenios internacionales vigentes que sean imperativamente aplicables a contratos “primordialmente destinados al transporte de mercancías por algún modo de transporte que no sea el transporte por mar.” Este es el caso del Convenio CMR para el transporte internacional de mercancías por carretera cuyas disposiciones prevalecería sobre las del futuro instrumento UNCITRAL, si bien las normas de éste último también serían aplicables en tanto no se opusiesen a aquéllas.

5. Conclusiones

Es plausible, en cuanto constituye una eficaz norma de conflicto, la propuesta de solución contenida en el artículo 18.2 del proyecto, al problema sobre el límite de responsabilidad del porteador en los casos en los que no se pueda determinar en que fase del transportes se han producido daños a la mercancía, si durante la fase marítima o en el tramo anterior o posterior a ésta. Dicha propuesta consiste en la aplicación del límite de responsabilidad mayor de los regulados por las disposiciones imperativas que se rijan los diferentes tramos del transporte. De esta forma se adoptaría una fórmula que favorecería claramente los intereses del cargador.

Sin embargo, no parece ésta la mejor solución para la unificación de la normativa aplicable al conjunto de un transporte que se realice Puerta a Puerta, puesto que el límite previsto en este instrumento cede a favor de los previstos en otras normas que sólo serían aplicables imperativamente si se probase que fue durante el tramo no marítimo cuando se produjeron los daños. Si se pretende una unidad normativa en el transporte multimodal, la regla general debería ser la aplicación de las normas previstas en este instrumento, mientras que la excepción debería ser la aplicación de la normativa específica del tramo no marítimo cuando ésta sea imperativa e ineludible. El Convenio CMR únicamente resulta aplicable cuando los daños se producen durante el transporte terrestre, por lo que si en un transporte Puerta a Puerta se ignora en cual de los tramos (marítimo, aéreo, terrestre por carretera o por ferrocarril) se produjeron los daños, el CMR (o aquella normativa que prevea el límite de responsabilidad más favorable para el cargador) no tendría por qué aplicarse, salvo que se pruebe lo contrario.

El instrumento de UNCITRAL, así, introduce una solución llamada “minimal network liability” mediante la cual recae sobre la parte interesada en la aplicación de un Convenio modal (p. ej., el CMR) la carga de probar que el daño se produjo en la fase no marítima; por lo que si no consigue probarlo, o la pérdida o daño resultan ilocalizables, entonces se aplicará el instrumento de UNCITRAL a todo el tránsito puerta-puerta. Sin embargo, la crítica ha de fundarse en que la regla de “minimal network liability” servirá para que el Convenio modal imperativo se aplique en materia de responsabilidad del porteador, de limitación de responsabilidad y de la prescripción de acciones solamente, porque en los demás aspectos (algunos importantes, como la jurisdicción) se aplicará el instrumento de

UNCITRAL. Con éllo, se produce una fuente de desuniformidad, aparejada de incertidumbre jurídica ya que existirá el riesgo de aplicación doble y concurrente de reglas del Convenio modal (p. ej. CMR) y del instrumento puerta-puerta de UNCITRAL.

El momento actual de gestación del futuro Convenio de Transporte Puerta-Puerta no permite ser concluyente sobre las dudas planteadas ni anticipar la solución final, por lo que habremos de seguir con interés el desarrollo de la fórmula de convivencia entre el Convenio CMR y el instrumento de UNCITRAL.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRANSPORTE POR MEDIO DE CONTENEDORES: ESTADO ACTUAL

Por

Justino F. DUQUE DOMÍNGUEZ

Catedrático emérito de Derecho Mercantil

Universidad de Valladolid

1. Planteamiento

La generalización del empleo de los contenedores que se produce sobre todo en los transportes multimodales genera una serie de ventajas, no exentas, como veremos, de inconvenientes.

Pero, al mismo tiempo, la “revolución de los contenedores” arroja sobre los juristas un conjunto de nuevos problemas jurídicos, a los que, en un primer momento, los operadores jurídicos tratarán de resolver con los medios que proporcionan los ordenamientos nacionales –que no ofrecían normas que prevean el supuesto–.

El escenario en que se produce la utilización masiva es el tráfico internacional marítimo de los transportes multimodales, donde, como se verá, ha jugado un papel decisivo la jurisprudencia interpretando los textos clásicos, con soluciones de los Tribunales extrapolables a otros tráficos de mercancías, apoyados en los textos de origen supranacional, porque son éstos los que paulatinamente van haciéndose cuestión de los nuevos problemas.

Pero esta evolución legislativa no se produce sincronizadamente en todos los tráficos. Mientras las innovaciones aunque sean parciales aparecen en los tráficos marítimos internacionales, no sucede lo mismo con los tráficos terrestres –con la excepción del transporte por ferrocarril–.

En efecto, el transporte multimodal mediante contenedores queda excluido del ámbito de aplicación de la CMR según interpreta SÁNCHEZ GAMBORINO, el art. 1.2. La CMR, que sólo será aplicable, en consecuencia, cuando los contenedores fueran transportados exclusivamente por carretera:

El criterio para determinar si es aplicable según el art. 2 CMR cuando –concurriendo otros requisitos– no hubiera ruptura de carga (the goods are not unloaded from the vehicles; sans rupture de charge; das Gut nicht umgeladent). Es decir, cuando no hay trasbordo de la mercancía en sí mismo. Según el art. 2 lo transportado por el vagón es el vehículo de carretera junto con la mercancía por él transportada. Es la hipótesis de transportes superpuestos. El contenedor no es un vehículo sino que es tratado como mercancía, de modo que el trasbordo de un contenedor implica una ruptura de carga.

2. Ventajas e inconvenientes

Las ventajas de la utilización de contenedores son obvias. El uso de estos ingenios para el transporte de cosas facilita las operaciones de carga y descarga, disminuyendo los riesgos –o excluyéndolos totalmente- así como los gastos, al hacerse las operaciones con mayor rapidez y con mayor economía de medios. Son los medios idóneos para que no se produzca la ruptura de carga en los transportes multimodales o sucesivos.

Como consecuencia de estas ventajas, hay que señalar que aumenta la capacidad de los buques (WIJFFELS) –y, en general, de todos los medios de transporte.

Las ventajas económicas de la utilización de estos ingenios son reconocidas con unanimidad. LÓPEZ SAAVEDRA, sintetiza las ventajas de este proceso en la mecanización de las cargas generales, la consiguiente reducción de costos en las operaciones de carga y descarga, con la eliminación de los riesgos que acompañan con frecuencia en estas fases del transporte y la disminución en general de los costos de la empresa transportista. En este sentido, el informe de las Naciones Unidas de 1971 sobre el asunto, insistía en que la unitarización producía esas ventajas. LÓPEZ SAAVEDRA recoge reflexiones en las cuales se recogen datos que equilibran esta afirmación.

Porque al mismo tiempo que ventajas, el uso de contenedores suscita una serie de problemas –al menos para los países en desarrollo- que pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- Desplazamiento de la mano de obra especializada por la manipulación de operaciones portuarias.
- La práctica del alquiler de contenedores, pertenecientes en su mayor parte a países desarrollados, produce una transferencia invisible de ingresos desde los países en vías de desarrollo a los primeros.
- La difusión del uso de contenedores no produce una disminución de los fletes para los usuarios.
- La necesidad de buques especialmente adecuados con costosos medios generará una concentración de medios en los países más ricos.

Para facilitar su manejo es observable una tendencia a la estandarización; la gran mayoría son unidades tradicionales cerradas (standard). Con menor extensión están las unidades abiertas (open top), o plegables (folding, collapsible). Algunas unidades tienen sistemas de ventilación y están aumentando los que llevan sistemas de refrigeración (reefer) y los contenedores para transportar líquidos (tank).

Pero la introducción generalizada de estos medios ha requerido que simultáneamente las empresas transportistas hayan hecho un gran esfuerzo económico para adecuar el vehículo –buques, camiones, vagones- a esta modalidad de transporte y, correlativamente, a establecer los parques o muelles dotados de los instrumentos técnicos que permitan el manejo eficaz de los contenedores.

Añádase a esta necesidad de inversión paralela de medios para utilizar los contenedores, los gastos de reposición de éstos, pues, conforme a las estadísticas, se estima en 1983 que la vida media de un contenedor se moverá alrededor de 5 años (RIGHETTI). Los materiales con los cuales son construidos son diversos: en 1986 el 84,5% eran de acero, en aluminio (11,6%) y en plástico (3,8%). La tendencia es, pues, a construirlos en acero.

En síntesis, una disminución de los costos operativos, un mejor aprovechamiento de la capacidad de las flotas y –al menos a medio plazo- una mejor rentabilidad de la empresa transportista.

Pero, simultáneamente, la utilización masiva de los contenedores y medios semejantes, plantea a los juristas un conjunto de problemas jurídicos a los ordenamientos tradicionales del transporte.

3. ¿Necesidad de normas específicas?

La generalidad de los juristas reconocen la necesidad de operar una modificación legislativa de los ordenamientos positivos o, por lo menos, en la medida en que éstos lo permitan, una reinterpretación de las normas del ordenamiento clásico de los transportes, tanto a nivel nacional como en el plano internacional.

Pero frente a esta opinión generalizada, R. RODIÈRE defendió la tesis de que la contemplación de los contenedores como medios exigentes de norma especiales era un falso problema.

Con brevedad rechazó, sin desconocer la verdad económica y técnica de los contenedores, que sea necesario que las normas jurídicas del contrato de transporte debieran ser revisadas y repensadas cuando se tratara de aplicarles a los contenedores a fin de adaptar las normas jurídicas a las situaciones particulares que proponían estos instrumentos desde que se realizaba la carga hasta que se descargaba. No admite RODIÈRE que la aplicación de las normas del derecho común de los transportes pudiera producir el efecto perverso de que el contenedor perdiera toda su utilidad práctica para el transportista en la carga o en la descarga.

A pesar de esta cualificada opinión, la experiencia jurídica indica que la certeza jurídica que se exige por los operadores marítimos no se cumplen totalmente con los textos clásicos.

4. Algunos problemas

No es éste el lugar adecuado para realizar un análisis de todos los problemas suscitados por el uso de contenedores, pero sí de los más básicos.

4.1. Concepto de contenedor

Las dificultades comienzan cuando se quiere precisar el concepto de contenedor. En 1968, RODIÈRE, con aguda ironía, aprovechaba la ocasión de un breve artículo en el que mostraba su escepticismo, o mejor, su oposición a que se estableciera un régimen jurídico especial para el contenedor, para afirmar que, hasta ese momento, nadie había sido capaz, después de laboriosos intentos para establecer las notas características, de definir correctamente un contenedor. Con su ironía recordaba que él había dicho que una caja de cerillas era un contenedor. Aunque reconoce a continuación que su afirmación era una boutade, continúa expresando su escepticismo. En 1986, D. LÓPEZ SAAVEDRA, en un artículo recogido en el ADM sobre el derecho argentino, recogía un fallo del Tribunal de Cherburgo, resolvió que el contenedor utilizado en el transporte, para facilitar el manipuleo y estiba de la carga, no constituye en realidad ni una mercancía ni un embalaje. Acaso por eso WINFELLS podía decir que, para los franceses, el contenedor era una caja.

Pero, además de que existe un concepto de contenedor difundido en el tráfico de transportes (y, singularmente, en el marítimo), diversas normas, de rango supranacional, han definido el contenedor. En todas ellas se contiene un núcleo del que no se puede prescindir, por lo cual en las normas internacionales contienen, más que un concepto jurídico abstracto, un concepto normativo.

Como recuerda R.H. WIJFFELS, en el trabajo ya citado traducido por F.J. SÁNCHEZ- GAMBORINO, puede contestarse a la pregunta de que sea un contenedor con una respuesta clara: un contenedor es una caja. Es evidente que esta definición es insuficiente porque no especifica las características mínimas que lo diferencian de otras especies de embalaje. WIJFFELS recuerda la descripción más pormenorizada de la reforma francesa de la Ley de 28 de junio de 1966 y el concepto acuñado por los tribunales belgas.

Para la jurisprudencia belga un contenedor es “un ingenio que sirve para el porte de mercancías, estando provisto de dispositivos que facilitan su manipulación”. Con esta descripción se distingue de los embalajes corrientes, por su estandarización, plasmada en dimensiones tipo y por el hecho de poderse utilizar reiteradamente. El efecto principal que se le atribuye es –como se ha dicho– el de suprimir las rupturas de carga y poder ser cargado sobre buques, camiones o vagones ferroviarios.

En la literatura española, J. PULGAR acude directamente a los textos supranacionales para describir un elemento como el contenedor cuyo uso producirá –se quiera o no- importantes consecuencias económicas y jurídicas en el desarrollo de la relación de transporte.

Para ello se sirve del Convenio aduanero sobre contenedores de 2 de diciembre de 1972, patrocinado por la Organización de las Naciones Unidas y la Organización Marítima internacional, así como del Convenio sobre seguridad de los contenedores de 13 de mayo de 1974, patrocinado por el Comité marítimo internacional y por la Organización Marítima, a los que se adhirió España.

De todas formas, es preciso señalar que cada uno de los conceptos que se contienen en los diferentes textos invocados tienen un ámbito de validez en congruencia con la finalidad perseguida por el texto en que el concepto se contienen. Son conceptos de valor relativo. Por esta razón, la descripción del contenedor que se recoge aquí puede calificarse no como un concepto abstracto, para cuya aplicación se requiera la concurrencia de todos los requisitos definidores, sino –como se ha indicado- un concepto tipológico (K. LARENZ) que contiene un núcleo pero no necesitan que simultáneamente concurren todos los elementos descriptivos para que se aplique la consecuencia jurídica.

Los elementos que combina J. PULGAR para caracterizar el contenedor sobre la base de textos a los que España se ha adherido, son los siguientes:

- Cajón portátil, tanque movable u otro elemento análogo.
- Que tenga carácter permanente o suficientemente repetido para permitir su uso repetido.
- Diseñado para facilitar el transporte de mercancías sin operaciones intermedias de carga.

A estos datos recogidos del art. 1.c del Convenio aduanero de 1972 y sobre Convenio de seguridad de contenedores, se añaden los siguientes:

- Estar provistos de aparatos o dispositivos que permitan su manejo, particularmente el traslado de un medio de transporte a otro que pueda manipularse fácilmente con cantoneras para este fin.
- Diseñado de manera que resulte fácil llenarlo y vaciarlo, exigiendo un volumen interior de un metro cúbico por lo menos (art. 1 del Convenio aduanero).

Para acabar de perfilar el concepto de contenedor es preciso que este concepto se extienda a los accesorios y equipos del contenedor propios del tipo de que se trate si se transportan junto al contenedor. Y, de manera negativa, en modo alguno se comprenden

los vehículos, accesorios o ruedas de recambio de los mismos, ni los embalajes. Pero sí se comprenden los contenedores “transportados sobre chasis” (excepción en la que coinciden el art. 1.c del Convenio aduanero y el art. 2 del CSC).

A estos textos debe añadirse el Reglamento relativo al transporte internacional de ferrocarriles (RICO), aludido en el art. 8.2 de COTIF –el concepto “a los efectos del presente reglamento” como anexo del Apéndice 8 del Convenio Internacional relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF) hubo en Berna el 9 de mayo de 1980 (reformado por el Protocolo de Vilnius)-. En esta disposición se entenderá por contenedor “un aparato de transporte (bastidor, cisterna u otro receptáculo análogo)” que reúna un conjunto de características que sustancialmente coincidan con las que acaban de enunciarse, añadiéndose una característica referida a su tamaño: “con una capacidad de un metro cúbico como mínimo y cuyas dimensiones no sobrepasen las fijadas en las normas de los ferrocarriles” (art. 1.2). En el término contenedor se incluyen los accesorios y equipamiento del contenedor, según su categoría, siempre que sean transportados junto con éste. Pero no incluirá los vehículos ni los accesorios y equipamiento de los vehículos ni los embalajes usuales.

En el Reglamento de CIM para el tráfico de contenedores (RICO), se distinguen dos categorías: contenedores pertenecientes al ferrocarril (arts. 4-8) y contenedores pertenecientes a particulares (arts. 9-15). Pero además de contenedores en propiedad, se utilizan contenedores que pueden estar en posesión de un comprador a plazos con reserva de dominio, o tomados en arriendo con promesa unilateral de venta y con la mera facultad de adquisición por el arrendatario, o en arrendamiento financiero, poseído por cesión en comodato (RIGHETTI).

La existencia de estas situaciones se basa en distintos contratos –arriendo, leasing...- dando lugar a complejas relaciones –en cuyo análisis no se entra en este momento-.

4.2. ¿Licitud de los transportes de contenedores sobre cubierta?

Los problemas de los que principalmente se han ocupado la jurisprudencia y doctrina –especialmente, la maritimista- son los referentes a la licitud de los transportes de contenedores sobre cubierta o en camión o vagón no cubiertos, y la aplicación de la limitación de responsabilidad del porteador en caso de pérdidas o averías de mercancías transportadas en cubierta.

El debate sobre el tema del transporte en cubierta de contenedor se centra fundamentalmente en torno a la existencia o inexistencia de voluntad del cargador o de las presunciones que pueden sustituir ésta, o de otros elementos justificativos.

La Ley de 22 de diciembre de 1949 para la unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes, al definir en el art. 2 mercancías, excepciona de este concepto “los animales vivos y [d] el cargamento que, según el contrato de transporte, se declara colocado sobre cubierta y es, efectivamente, transportado así”. La norma coincide con el art. 2.c del Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 –con las modificaciones de los Protocolos de 1968 y 1979-.

Las consideraciones que siguen, realizadas sobre el transporte marítimo, pueden estimarse como puntos de partida para analizar los transportes en otros medios de transporte (camiones, vagones no cubiertos) cuando no haya solución prevista legislativamente.

La situación jurídica abre en estas condiciones normativas el campo de la libertad de contratación. Pero esto no significa que, sin más, el porteador pueda decidir que los contenedores serán transportados sobre cubierta.

Del examen de la jurisprudencia en el derecho comparado, se distinguen dos hipótesis. Las decisiones de los tribunales se realizan atendido a las singularidades de cada caso.

En el supuesto de transporte con vehículo que no está acondicionado para transportar contenedores, es necesario el consentimiento del cargador por escrito –o, al menos, el consentimiento expresado oralmente-. Esta solución no se aplicará en caso de cabotaje en el transporte internacional, conforme a la Convención de Bruselas de 1924. E igualmente se entenderá lícito cuando en determinados tráficos se haya constituido un uso. Fielmente, habría que descartar estas soluciones excepcionales cuando en la póliza o en la carta de porte se hubiera excluido expresamente esta manera de transportar. En estos casos el transporte habrá de realizarse bajo cubierta.

De manera diversa, debe abordarse el transporte de contenedores sobre cubierta en vehículos acondicionados para transportar contenedores.

Partiendo de que el documento de transporte no contenga una cláusula que se oponga expresamente a este tipo de transporte, la consideración acerca de si existe un uso que permita la colocación de contenedores on deck se desplaza a una consideración de carácter objetivo.

Si el buque está dispuesto para acondicionar con seguridad contenedores sobre cubierta, el cargador en un transporte contratado con una empresa (tráficos de línea) debe contar con que el contenedor podrá ser colocado sobre cubierta y no estibado en la bodega. Es indiferente que el vehículo esté totalmente acondicionado para

desplazar contenedores o que sea un vehículo –especialmente, si se trata de buque- transporta mercancías por métodos convencionales y, simultáneamente, colocadas en contenedores.

4.3. Criterio para limitar la deuda del porteador

Otro problema relevante objeto de debate es el de la forma en que ha de aplicarse la limitación de la deuda del transportista cuando las mercancías se desplazan en contenedores.

Nuevamente habrá que recurrir en esta ocasión a los Convenios internacionales en el transporte marítimo y, en el derecho español, a la Ley sobre unificación de ciertas reglas sobre conocimientos de embarque en el tráfico internacional.

El Protocolo de 1968 dio una nueva redacción al art. 4.5.c del Convenio: “si con el fin de agrupar las mercancías se utilizaran contenedores, bandejas de carga u otros medios similares, cualquier bulto o unidad que se hubiera enumerado en el conocimiento de embarque como incluido dentro de dicho medio de transporte se considerará como un bulto o unidad (package or unit) a los efectos del presente párrafo. Fuera del caso citado será el contenedor, bandeja o medio similar de transporte lo que se considerará como bulto o unidad”.

El sistema de limitación, seguido por el Protocolo de 1968 (mantenido en el Protocolo de 1979), establece –a diferencia del texto original de 1924- un doble criterio: cálculo de la deuda sobre la base del bulto o unidad y el cálculo sobre la base del peso.

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías de 1978 (conocido como reglas de Hamburgo) contiene una disposición en el art. 6.2 donde se establece, con mayor claridad incluso (como dice SÁNCHEZ CALERO) que las normas correspondientes del Convenio de Bruselas de 1924 (reformado en el Protocolo de 1968) son las normas apropiadas para la determinación del criterio para aplicar la limitación cuantitativa de la responsabilidad del porteador.

En la Propuesta de Ley General de Navegación Marítima, el art. 285 establece:

“El porteador podrá embarcar mercancías sobre cubierta siempre que el fletador lo acepte expresamente o sea conforme con los usos o reglamentos en vigor”.

Y en relación a la limitación de responsabilidad, el art. 335.2 acepta básicamente la postura de las Reglas de Hamburgo, añadiendo que “si el contenedor o medio de agrupación hubiera sido suministrado por el cargador, se considerará como un bulto más a tales efectos”.

Después de establecer los criterios que han de utilizarse para calcular el importe limitado de la deuda del transportista, la mencionada norma establece:

2. "Para determinar, a los efectos del apartado a) del párrafo 1 de este artículo, qué cantidad es mayor, se aplicarán las normas siguientes.

a) Cuando se utilicen para agrupar mercancías un contenedor, una paleta o un elemento de transporte análogo, todo bulto o unidad de carga transportada que, según el conocimiento de embarque, si se emite, o según cualquier otro documento que haga prueba del contrato de transporte marítimo, estén contenidos en ese elemento de transporte se considerarán como un bulto o una unidad de carga transportada. Salvo en este caso, las mercancías contenidas en ese elemento de transporte se considerarán como una unidad de carga transportada.

b) En los casos en que se haya perdido o dañado el propio elemento de transporte, ese elemento será considerado, si no es propiedad del porteador o no ha sido suministrado por éste, como una unidad independiente de carga transportada.

3. Por unidad de cuenta se entiende la unidad de cuenta mencionada en el artículo 26.

4. El porteador y el cargador podrán pactar límites de responsabilidad superiores a los establecidos en el párrafo 1."

La diferencia con el Protocolo –aparte de la redacción- consiste en que las cuantías de la limitación –en UDG- son más elevadas en las Reglas de Hamburgo y se establece un sistema distinto de cálculo para el supuesto de retraso.

La cuestión de la aplicación de la limitación –estrechamente vinculada a la descripción de las mercancías en el conocimiento de embarque-.

También en esta cuestión existe doctrina y jurisprudencia en el derecho comparado y las decisiones examinadas han introducido distinciones.

Cuando en el conocimiento se indica el número de los bultos o de la cantidad de mercancías envasadas en el contenedor, la limitación se aplicará teniendo en cuenta el número de bultos o de las unidades cargadas. No se entra a determinar los efectos en este caso de posibles reservas del porteador.

Si, por el contrario, el conocimiento de embarque contiene sólo la indicación del contenedor en las hipótesis en que éste se presenta por el cargador cerrado al transportista o en que se ha utilizado la técnica del groupage por el expedidor, la unidad decisiva será el mismo contenedor.

5. Situación actual y perspectivas

La tarea legislativa principalmente en el campo internacional de los Convenios y la interpretación que los Tribunales han hecho de los textos nacionales han permitido dotar de cierta seguridad al tráfico marítimo de contenedores, contribuyendo así a un reparto equitativo de los riesgos del transporte entre todos los intervinientes en la operación. Alguna de las cuestiones planteadas inicialmente –como la licitud de contenedores en cubierta- han alcanzado ahora un resultado equitativo (BOI). Pero otras cuestiones, a pesar de las aportaciones legislativas y jurisprudenciales, continúan abiertas –como ya preveía el mismo RODIÈRE (especialmente la referente al criterio de limitación)-.

La mejor prueba de que estas cuestiones continúan preocupando en el círculo de los operadores es que en el ambicioso “Proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías”, en elaboración por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional prevé que una de las partes de las que integrarán el Proyecto está referido al transporte con contenedores. La culminación de los trabajos sobre este “Instrumento” causaría un aumento de la seguridad en el Grupo de Trabajo III (derecho del transporte) de transportes de toda clase.

6. Principal bibliografía utilizada

BOI, G.M., “Applicazione del limite del debito del vettore ai containero”, *Il Dir. Mar.*, 1986, pp. 574 y ss.

BOI, G.M., “Il trasporto marittimo a mezzo contenitori. La giurisprudenza italiana di fronte al dato normativo”, *Studii on. Lefebvre d’Oridio*, Mino, 1995, pp. 153 y ss.

BERLINGIERI, F., “Problemi giuridici del trasporto in containers”, *Il Dir. Mar.*, 1971, pp. 146 y ss.

LÓPEZ SAAVEDRA, “La limitación de responsabilidad del armador y del porteador (especial referencia a las cargas contenerizadas en el derecho argentino)”, *RDMar*, V, 1986, pp. 157 y ss.

MARTÍN CASTRO, *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, Cádiz, 2001.

MEDINA, C., “Lettera di garanzia”, *St. on. Lefebvre*, p. 667.

PULGAR, J., “Especialidades del transporte de mercancías en contenedores”, *RDM*, 2003, pp. 17 y ss.

RIGHETTI, G., “Containers”, *D.Sc.giur. comm.*, 465.

RODIÈRE, R., "Un faux problème: celui des 'containers'", RDMar., 1968, pp. 707 y ss..

SÁNCHEZ CALERO, El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Madrid, 2000, 2ª ed.

SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., El contrato de transporte internacional CMR, Madrid, 1996.

WINFFELDS, R.M., "Reglas específicas de Bélgica para transportes en contenedores", RGD, 1995, pp. 2.189 y ss.

LEY APLICABLE Y TRIBUNAL COMPETENTE EN MATERIA DE TRANSPORTE MULTIMODAL

Por

Rodolfo A. GONZÁLEZ-LEBRERO

Doctor en Derecho

Abogado

(Madrid)

1. Introducción

El transporte internacional de mercancías mediante la utilización de un único medio o modo, ha planteado siempre el clásico problema de la determinación de la ley aplicable a la relación contractual y la del tribunal competente para entender en los conflictos derivados de la ejecución o inejecución del pertinente contrato.

La aparición en la escena del transporte multimodal o intermodal, desarrollado básicamente a partir de la irrupción del contenedor (container), puso en crisis los sistemas legales tradicionales que resultaron insuficientes por cuanto no habían sido concebidos para esta nueva modalidad, particularmente porque los puntos de transferencia de riesgos de vendedor a comprador y los puntos de control del contenido del container por parte del transportista han quedado modificados. A ello hay que añadir, *inter alia*, otros dos problemas: el del régimen de la responsabilidad y el de la negociabilidad del documento de transporte.

Esa situación de crisis se agudizó frente a la necesidad de definir la normativa de aplicación y a la de determinar el marco jurisdiccional competente, en particular en los contratos con elementos internacionales, pero también en los de ámbito nacional en cuanto a la ley aplicable, ya que la unidad operativa se logra mediante la suma de dos o más modos de transporte diferentes, sujetos a regímenes obligacionales también diferentes, mientras que el problema jurisdiccional se limita a resolver una situación de competencia territorial dentro de un mismo Estado.

El impacto de estos problemas es diferente según se trate de la práctica del transporte multimodal entre países desarrollados o entre países en vías de desarrollo ya que los efectos sociales, económicos y políticos de esta modalidad son diferentes en unos y en otros.

Aparte de las inversiones millonarias que exige la tecnología del contenedor y de la reducción de la mano de obra tradicional, con el consiguiente coste de formación de trabajadores especializados, hay que constatar que los intereses de los países en desarrollo no siempre coinciden con los de los operadores internacionales de transporte multimodal quienes, en su mayoría, son nacionales de los países más desarrollados o, en todo caso, controlados por éstos.

2. Transporte multimodal, conflicto de leyes y tribunal competente

Al acumular varios medios de transporte, el transporte multimodal acumula también regímenes legales diversos, es decir, los correspondientes a cada uno de esos medios, y como frecuentemente se lleva a cabo a través de varios países, hay que añadir la acumulación de las normativas propias de estos países.

La frecuencia de relaciones comerciales internacionales de esta naturaleza, hace difícil su ordenación jurídica ante la realidad de la referida diversidad legislativa, aun cuando, de cierta manera, esta interpenetración de relaciones jurídicas y de intereses económicos, genere gracias a la fuerza de la práctica negocial una cierta noción de comunidad jurídica internacional. En ésta, las egoistas vocaciones soberanas de los Estados se diluyen, y éstos buscan, y a veces consiguen, fórmulas de coincidencia normativa con otros Estados.

En todo caso, la realidad es que en principio, aquella diversidad legislativa existe, y que en materia de transporte multimodal es preciso conocer cuál de los posibles órdenes jurídicos habrá de proporcionar la norma aplicable; estamos ante una situación de conflicto de leyes. Para elegir la ley aplicable a las relaciones jurídicas nacidas de los contratos de transporte multimodal habrá forzosamente que penetrar en su naturaleza y contenido.

Por otra parte, el desarrollo del transporte multimodal puede dar lugar a controversias que ponen de manifiesto, además de las situaciones de competencia legislativa, la existencia de conflictos judiciales de orden internacional es decir, el problema del tribunal competente para conocer de los litigios y el de la consiguiente normativa procesal.

3. Modalidades en el transporte internacional de mercancías

El transporte internacional de mercancías puede llevarse a cabo de formas muy variadas, y entre ellas:

1. por un único modo de transporte (marítimo, aéreo, por carretera, por ferrocarril), caso en el que puede haber un solo transportista que emita un documento de transporte (conocimiento de embarque, carta de porte aéreo, etc.), o más de un transportista, hipótesis de transporte directo o sucesivo en la que el primer transportista puede asumir la obligación de entregar la mercancía en el lugar de destino final (i.e.: "conocimiento directo" o "through bill of lading"), o bien sólo la de asumir esa obligación hasta el lugar de transbordo al segundo transportista, actuando simplemente como comisionista de transporte del cargador o expedidor;

2. por la superposición de modos de transporte, la que puede consistir, por ejemplo, en el transporte de un camión, o de un semi-remolque, cargado de mercancías, en vagones de ferrocarril ("ferroustage"), o en el transporte en buques "roll-on roll-off" o en buques transbordadores, de

camiones o de semi-remolques o de vagones de ferrocarril, también cargados de mercancías ("transroulage");

3. por el procedimiento de la segmentación, es decir, mediante la utilización de más de un modo de transporte, cuando la contratación se hace por el cargador o expedidor separadamente respecto de cada modo, o bien cuando el primer transportista asume la doble obligación de entregar la mercancía en el lugar de transbordo al segundo transportista, y la de pactar con los transportistas siguientes los contratos respectivos hasta el lugar de destino final de tal mercancía, actuando simplemente como comisionista de transporte del cargador o expedidor, y

4. por medio del transporte multimodal, que supone el transporte de mercancías por más de un modo de transporte en virtud de un único contrato, desde un lugar situado en un país hasta el lugar designado para su entrega en otro país, con la intervención de un operador de transporte multimodal.

En esta última forma, en la que debemos centrar nuestros comentarios, la unidad contractual se materializa mediante las prestaciones de varios transportistas que operan modos de transporte diferentes. Esta cadena de transporte, usualmente formada por dos o tres modos, puede quedar integrada por buques, aeronaves, camiones o ferrocarriles, medios que, individualmente, están sujetos a regímenes legales propios, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

4. La aplicación de las normativas internacionales relativas a los diversos medios de transporte

Las soluciones que las normativas internacionales reguladoras de los diversos medios de transporte dan respecto de su aplicación no son coincidentes, como no lo son en cuanto a la jurisdicción competente.

El transporte marítimo internacional está regulado por dos sistemas:

1. el de la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas sobre Conocimientos de Embarque, aprobada en Bruselas el 25 de Agosto de 1924 ("Reglas de La Haya"), modificada parcialmente por los Protocolos de Bruselas de 23 de Febrero de 1968 y de 21 de Diciembre de 1979, conjunto normativo que es conocido como "Reglas de La Haya-Visby 1979", y

2. el del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, aprobado en Hamburgo el 31 de Marzo de 1978, conocido como "Reglas de Hamburgo".

El transporte aéreo internacional está regulado, total o parcialmente, y en la medida de su aplicación, por:

1. el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, aprobada en Varsovia el 12 de Octubre de 1929, modificada parcialmente por el Protocolo de La Haya, de 28 de Septiembre de 1955, conjunto normativo conocido como "Sistema Varsovia/La Haya";

2. el Convenio complementario del Convenio de Varsovia, de Guadalajara (México), de 18 de Septiembre de 1961;

3. el Protocolo al "Sistema Varsovia/La Haya", de Guatemala, de 8 de Marzo de 1971;

4. los Protocolos nº 1, nº 2, nº 3 y nº 4, que modifican el Convenio de Varsovia, de Montreal, de 25 de Septiembre de 1975;

5. el "IATA Inter-carrier Agreement on Passenger Liability" de 1995 y el correspondiente "Agreement of Measures to implement the IATA Inter-carrier Agreement on Passenger Liability" (MIA) que entró en vigor el 14 de Febrero de 1997;

6. el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional, aprobado en Montreal el 18 de Mayo de 1999, en vigor desde el 4 de Noviembre de 2003, y en cuanto a las compañías aéreas de la Unión Europea, por el Reglamento nº 2027/1997 (CE) del Consejo, de 9 de Octubre de 1997, que entró en vigor el 18 de Octubre de 1998, y por el Reglamento nº 889/2002 (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, que entró en vigor el 30 de Mayo de 2002.

El transporte internacional por carretera está regulado por el Convenio CMR, aprobado en Ginebra el 16 de Mayo de 1956.

El transporte internacional por ferrocarril está regulado por el Convenio CIM, aprobado en Berna el 14 de Octubre de 1890, revisado y modificado en 1952, en 1961 y finalmente el 7 de Febrero de 1970.

Respecto de su aplicación, estos cuerpos normativos internacionales ofrecen disparidades:

1. En cuanto al transporte marítimo, el artículo 10 de la Convención de Bruselas de 1924 establece que sus disposiciones son aplicables cuando el contrato de transporte de mercancías por mar está amparado por un conocimiento de embarque extendido en uno de los Estados contratantes.

Dicha norma fue modificada por el Protocolo de Bruselas de 1968 al cambiar el texto artículo 10, según el cual aquél regirá las relaciones entre las partes cuando el contrato de transporte de mercancías se cumpla entre dos Estados diferentes, y siempre que el conocimiento de embarque haya sido emitido en un Estado contratante, o que el transporte haya sido iniciado en un Estado contratante. También está previsto que la Convención será aplicable cuando el conocimiento indique que sus dis-

posiciones o las de cualquier otra legislación que las aplique habrá de regir el contrato.

La aplicación en los casos indicados tendrá lugar cualquiera sea la nacionalidad del buque, del cargador, del destinatario o de toda otra persona interesada.

Por su parte, según el Convenio de Hamburgo de 1978, éste es aplicable a todos los contratos de transporte de mercancías entre puertos de dos Estados diferentes:

a) si el puerto de carga, según el contrato de transporte, está situado en un Estado contratante, o

b) si el puerto de descarga, según el contrato de transporte, está situado en un Estado contratante, o

c) si uno de los puertos opcionales de descarga, según el contrato de transporte, es el puerto real de descarga y dicho puerto está situado en un Estado contratante, o

d) si el conocimiento de embarque u otro documento probatorio del contrato de transporte ha sido emitido en un Estado contratante, o

e) si el conocimiento de embarque u otro documento probatorio del contrato de transporte establece que éste debe regirse por las normas del Convenio o por la legislación de cualquier Estado que las haya incorporado.

Las disposiciones del Convenio son aplicables cualquiera sea la nacionalidad del buque, del transportista, del cargador, del receptor o de otras personas interesadas.

2. En cuanto al transporte aéreo, dentro del "Sistema Varsovia/La Haya" se establece que éste es aplicable si el punto de partida y el de destino están situados en dos Estados contratantes o si, estando ambos situados en un mismo Estado contratante, hay una escala prevista en otro Estado, aunque no sea necesariamente un Estado contratante.

3. En cuanto al transporte por carretera, el Convenio CMR se aplica si el lugar en el que el transportista asume la custodia de las mercancías y el lugar previsto para su entrega están situados en dos Estados diferentes, uno de los cuales, al menos, debe ser un Estado contratante.

4. En cuanto al transporte por ferrocarril, el Convenio CIM sigue el criterio del mencionado "Sistema Varsovia/La Haya", si bien el transporte internacional debe realizarse por una línea ferroviaria registrada con arreglo a lo establecido por esa normativa.

5. El tribunal competente en las normativas internacionales relativas a los diversos medios de transporte

1. En cuanto al transporte marítimo, cabe señalar que las "Reglas de La Haya-Visby 1979" no contienen disposiciones sobre cual debe ser el tribunal competente.

Las "Reglas de Hamburgo", por su parte, establecen en su artículo 21 que la parte demandante puede ejercitar su acción ante el tribunal que sea competente según la ley del Estado de la situación de dicho tribunal, siempre que tenga jurisdicción en alguno de los siguientes lugares o puertos:

- a) la sede principal de los negocios del demandado, o en su defecto, su domicilio, o
- b) el lugar de celebración del contrato, si el demandado tiene allí una sede comercial, una sucursal o una agencia, por intermedio de la cual fue celebrado el contrato, o
- c) el puerto de carga o el de descarga, o
- d) cualquier otro lugar indicado en el contrato de transporte.

Las acciones pueden igualmente instarse ante los tribunales de cualquier puerto de un Estado contratante en el cual el buque que transporta la carga u otro buque del mismo transportista podría haber sido embargado legítimamente de conformidad con la legislación de ese Estado. Sin embargo, en este caso, y a pedido del demandado, el demandante deberá trasladar la acción al lugar que éste elija entre los lugares o puertos arriba mencionados, previa garantía que deberá otorgar dicho demandado respecto del pago de cualquier suma resultante de la sentencia que recaiga en el juicio.

Con arreglo al artículo 22 de las "Reglas de Hamburgo", las partes pueden someter a arbitraje la decisión de sus controversias.

2. En cuanto al transporte aéreo, según el "Sistema Varsovia/La Haya", la parte demandante sólo puede ejercitar su acción ante los tribunales del Estado contratante que tengan competencia:

- a) en el lugar donde el transportista tenga su domicilio; o
- b) en el lugar donde el transportista tenga el domicilio principal de su explotación comercial; o
- c) en el lugar donde el transportista tenga una sucursal o un establecimiento a través del cual haya sido celerado el contrato de transporte; o
- d) en el lugar de destino.

Según el régimen del reciente Convenio de Montreal de 1999 una nueva jurisdicción ha sido añadida para los casos de muerte o lesiones de pasajeros, la de los tribunales del estado parte en el que el pasajero tenga su residencia principal y permanente en el momento del accidente, y siempre que el transportista tenga un establecimiento en dicho lugar.

3. En cuanto al transporte por carretera, con arreglo al Convenio CMR, la parte demandante sólo puede ejercitar su acción ante los tribunales competentes del Estado, sea contratante o no:

- a) donde el demandado tenga su domicilio; o
- b) donde el demandado tenga el domicilio principal de su explotación comercial; o
- c) donde el demandado tenga una sucursal o un establecimiento a través del cual haya sido celerado el contrato de transporte; o
- d) donde el transportista asumió la custodia de las mercancías o en el lugar designado para su entrega.

También pueden ejercitarse las acciones ante el tribunal del Estado contratante que de común acuerdo hayan designado las partes.

4. En cuanto al transporte por ferrocarril, según el Convenio CIM, la parte demandante sólo puede ejercitar su acción ante los tribunales competentes del Estado contratante:

- a) de la empresa de transporte ferroviario de procedencia
- b) de la empresa de transporte ferroviario de destino; o
- c) de la empresa de transporte ferroviario en cuya línea se hubiere producido el hecho en que se basa la acción.

6. La aplicación y el tribunal competente en las normativas internacionales y regionales sobre transporte multimodal

1. En el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, aprobado en Ginebra en 24 de Mayo de 1980, se establece en su artículo 2 que tal normativa se aplica a todos los contratos de transporte multimodal entre lugares situados en dos Estados siempre que:

- a) el lugar estipulado en el contrato, en el que el operador de transporte multimodal haya de tomar las mercancías bajo su custodia se halle en el territorio de un Estado contratante, o
- b) el lugar estipulado en el contrato, en el que el operador de transporte multimodal haya de hacer entrega de las mercancías se halle en el territorio de un Estado contratante.

La celebración de un contrato de transporte multimodal internacional que de conformidad con las reglas precedentes se rija por este Convenio, implica que todo lo dispuesto en esta normativa es de cumplimiento obligatorio a dicho contrato (conf. art. 3. 1), pero ello no afectará a la aplicación de ningún convenio internacional o ley nacional concerniente a la reglamentación y control de las operaciones de transporte, ni será incompatible con tal aplicación (conf. art. 4. 1).

Observamos que el Convenio contiene un criterio geográfico objetivo en cuanto a su aplicabilidad y que sus preceptos son imperativos, sin poder ser eludidos por las partes contratantes, ya que toda estipulación del contrato que se aparte directa o indirectamente del Convenio es nula (aunque no afecte a otras disposiciones contractuales), salvo que aumenten la responsabilidad del OTM (conf. art. 28. 1). El artículo 28, en su tercer párrafo establece que el documento de transporte multimodal debe contener una declaración en el sentido de que el contrato está sujeto a las reglas del Convenio que anulan toda estipulación que se aparte de ellas en perjuicio del expedidor o del consignatario de las mercancías.

En cuanto al tribunal competente para entender de procedimientos relativos a contratos de transporte multimodal sujetos al Convenio, éste determina en su artículo 26. 1) el derecho de todo demandante de elegir, para ejercitar su acción, el tribunal que sea competente según la legislación del Estado en que el tribunal esté situado, y que tenga jurisdicción en alguno de los lugares siguientes:

a) el establecimiento principal del demandado o, a falta de éste, su residencia habitual; o

b) el lugar de celebración del contrato de transporte multimodal siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado dicho contrato; o

c) el del lugar donde se hayan tomado las mercancías bajo su custodia para el transporte multimodal internacional o el lugar de entrega de esas mercancías; o

d) cualquier otro lugar designado a estos efectos en el contrato y que se consigne en el documento de transporte multimodal.

Abandonando todo carácter facultativo, también aquí establece el Convenio que ningún procedimiento judicial podrá incoarse en un lugar distinto de los anteriormente especificados, si bien las partes contratantes pueden celebrar un acuerdo (que no será nulo) en el que se designe el lugar en que el demandante podrá ejercitar su acción, pero sólo después de presentada una reclamación (conf. art. 26. 2, y 26. 3).

También pueden las partes pactar por escrito que toda controversia relativa al contrato de transporte multimodal internacional sea sometida a arbitraje (conf. art. 27. 1), si bien el procedimiento arbitral debe instarse,

con arreglo al artículo 27. 2), a elección del demandante, en un lugar situado en un Estado en cuyo territorio se halle:

a) el establecimiento principal del demandado o, a falta de éste, su residencia habitual; o

b) el lugar de celebración del contrato de transporte multimodal siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado dicho contrato; o

c) el del lugar donde se hayan tomado las mercancías bajo su custodia para el transporte multimodal internacional o el lugar de entrega de esas mercancías; o

d) cualquier otro lugar designado a estos efectos la cláusula compromisoria o en el compromiso de arbitraje.

El árbitro o el tribunal arbitral en su caso, deben aplicar las disposiciones del Convenio (conf. art. 27. 3).

2. En las Reglas uniformes UNCTAD/CCI relativas a los Documentos de Transporte Multimodal, que fueron aprobadas por la CCI el 11 de Junio de 1991 y entraron en vigor el 1 de Enero de 1992, se indica que ellas sólo se aplican cuando se hace remisión a las mismas (artículo 1) lo cual es coherente con su naturaleza, ya que constituyen un conjunto de normas de aplicación voluntaria, que se incorporan a los documentos de transporte¹. La aplicación de estas Reglas se extiende a las acciones fundadas tanto en la responsabilidad contractual como en la aquiliana, pero tal aplicación queda excluida en la medida en que aquellas se opongan a las disposiciones imperativas de los convenios internacionales o de las leyes nacionales que rijan el contrato de transporte multimodal (conf. Reglas 1.1 y 13).

7. Comentarios críticos y conclusiones.

El transporte multimodal, nacional o internacional, es el producto de un esquema organizativo en el que los agentes económicos intervinientes, descartando los sistemas normativos correspondientes a los modos individuales que constituyen las diversas fracciones del viaje, consideran la suma de las prestaciones como una estructura compleja destinada a producir un resultado de carácter unitario, tanto del punto de vista técnico como del económico y del jurídico.

En realidad, y sin negar la existencia de esos modos de transporte individuales y de su régimen legal específico, debemos admitir que esta-

¹ Independientemente de la incorporación puntual que pueden hacer las partes de un contrato de transporte multimodal, las Reglas han sido incorporadas al "Conocimiento negociable para el Transporte Combinado" de la FIATA y al COMBIDOC, de la BIMCO, entre otros.

mos ante una institución autónoma, moderna y diferente, y la óptica de su análisis debe partir de este concepto. Es una especie del género contrato de transporte de mercancías en la que la utilización sucesiva de dos o más modos tiene un carácter adjetivo, ya que ella responde a un régimen obligacional con vida propia, a un objetivo concreto y unitario: un cargador expide determinadas mercancías desde un punto geográfico, que deben ser recibidas por su destinatario en otro punto geográfico, puntos ambos que no están servidos por un único transportista o en que no es posible que el traslado se lleve a cabo utilizando un único modo de transporte.

Esta situación se proyecta obviamente sobre los dos temas a los que se refieren esta exposición: (1) el de la ley aplicable y (2) el del tribunal competente.

1. La ley aplicable está determinada por la naturaleza de la relación jurídica de que se trata; cuando ésta cruza las fronteras de un Estado, se hace indispensable someterla a la voluntad de las partes (si ello es jurídicamente posible) o a los preceptos nacionales de alguno de los Estados con los que está en contacto, y la determinación de la ley aplicable debe hacerse atendiendo, como lo manifestaba Savigny², al "asiento o sede de la relación jurídica" en un determinado sistema jurídico, expresión equivalente a la de "centro de gravedad de la relación jurídica", propuesta por Gierke o a la de la "prestación característica del contrato" a que hace referencia el Convenio Europeo de Roma, de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Según aquel maestro alemán, en el caso de las obligaciones, ese asiento debe ser la ley del lugar de su ejecución.

Como en todo acto jurídico, en los contratos de transporte multimodal internacional hay que distinguir la forma de la sustancia, es decir, la etapa de la formación y la concertación del pacto y la etapa de la realización de su materia y objeto.

Respecto de la primera etapa, el acuerdo de voluntades requiere del consentimiento de las partes que, como manifestación interna de la voluntad no tiene un lugar determinado en el espacio; no hay una ley de situación, y la capacidad de dichas partes para obligarse debe regirse por el criterio personal, referido a la ley personal de cada uno de los contratantes. En cuanto a la forma de este acto jurídico, mediante el cual se produce el tránsito de la obligación a la vida externa, tratándose de un contrato que produce efectos en dos o más Estados, no es posible tener presente todas las formas y solemnidades de estos Estados, por lo que corresponde acudir a la regla *locus regit actum*; los actos jurídicos deben sujetarse en cuanto a la forma, a las exigencias de la ley del país de su otorgamiento³.

² "System des heutigen römischen Rechts", Leipzig, 1840.

³ Esta regla ya figuraba en el Código de las Siete Partidas (Ley 15, título I, parte I) y en la Novísima Recopilación (Ley 18, título XX, libro X).

La segunda etapa es la de la ejecución del contrato, más propiamente, la del cumplimiento de la obligación principal, la de la prestación esencial deseada por las partes y pactada entre éstas. En efecto, si entendemos que la voz "ejecución" es la acción y el efecto de poner por obra una cosa, como lo indica el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el contrato de transporte multimodal representa un verdadero muestrario de actos de "ejecución" desde el principio hasta el fin, de manera que lo que debemos considerar aquí es el momento en que aquella prestación esencial (o característica) se lleva a cabo. Ésta es la entrega de la carga en el lugar acordado por las partes.

La aplicación de la regla *locus regit actum* a las formalidades del contrato no significa extender la ley del lugar de celebración del contrato a su cumplimiento ya que, aún siendo importante el acuerdo de voluntades en la contratación, lo es más dicho cumplimiento, puesto que de nada serviría una obligación si ésta no se cumpliera.

El contrato de transporte multimodal internacional debe regirse por la ley del lugar del destino de las mercancías, más específicamente, el lugar de su entrega con arreglo a dicho contrato (*lex loci executionis*). En cuanto al procedimiento, éste debe quedar regido por la ley del Tribunal que conozca de la controversia, es decir, la *lex fori*.

En la práctica negocial, las cosas pueden ocurrir (y ocurren) de manera diferente.

Por lo pronto, hay que tener en cuenta la intención de los contratantes, la autonomía de la voluntad: los actos jurídicos voluntarios, en particular las obligaciones contractuales, quedan sometidos en lo que respecta a la ley aplicable y a su substancia y efectos, a la normativa querida por las partes y libremente elegida por éstas, a la que deben someterse como a la misma ley.

En cuanto a la elección de la norma aplicable, este mecanismo se conoce como autonomía conflictual, para diferenciarla de la autonomía material que consiste en la libertad de los contratantes para dar forma al régimen obligacional que habrá de regir sus relaciones.

En los contratos de carácter internacional este camino parece ser útil, al no existir (cuando no exista) una ley única que rija las obligaciones surgidas de aquellos, con lo que la autonomía conflictual, en la medida en que termina con las variadas soluciones de los esquemas nacionales contribuye a evitar el "forum shopping".

Un primer problema que se nos presenta es el de la posible posición preponderante de una de las partes respecto de la otra u otras, vale decir, si existe o no un desequilibrio de fuerzas en el proceso de negociación, que permita a una cualquiera de esas partes imponer su voluntad a la otra u otras, en suma, si se está frente a un contrato de adhesión o no. Este problema guarda relación con la estructuración y jerarquización de los deberes jurídicos de las partes en este contrato.

En los contratos de adhesión se parte de una oferta de carácter general originada en uno de los contratantes (en nuestro podría ser el transportista multimodal internacional), que disfruta de una posición de monopolio de hecho o de derecho, o de una predominancia tal, que la voluntad del otro contratante (en nuestro caso sería el cargador o el consignatario de la mercancía) queda determinada por la del primero; la técnica de la formación del contrato aparece modificada profundamente ya que el margen de maniobra de una de las partes es prácticamente inexistente.

Esto es así en muchas relaciones obligacionales, incluso en materia de transporte multimodal internacional, pero hay que señalar que en este campo, a veces, los mecanismos de contratación operan con la participación de actores con características especiales, y dentro de un marco de equilibrio en lo que respecta a la capacidad efectiva de negociación de ambas partes.

No hay duda que en su mayoría, los transportistas multimodales internacionales son empresas financieramente sólidas, tecnológicamente avanzadas y políticamente influyentes. En cuanto a las personas o a los comerciantes que expiden o que reciben mercancías, se puede constatar que entre ellos hay personas y empresarios que suelen estar desamparados, pero hay otros que son empresas poderosas, buenas conocedoras de los mecanismos negociales, con capacidad y fuerza para ejercer una influencia favorable a sus intereses. Desde luego, y en términos generales, podemos decir que la parte "fuerte" es el transportista multimodal internacional y la parte "débil" el cargador y el destinatario.

La elección de la ley aplicable por las partes de un contrato de transporte multimodal internacional es útil, pero no debemos echar las campanas al vuelo y olvidar las reglas clásicas de protección del consentimiento en la medida que no hayan quedado superadas, bajo cuya luz, el intérprete debe apreciar el valor jurídico del contrato y la legitimidad de sus cláusulas.

En todo caso, el pacto no puede violentar al orden público, ni a las buenas costumbres ni constituir un fraude a la ley.

Sin pretender entrar en el difícil ejercicio de la definición del orden público, diremos que las partes de un contrato de transporte multimodal internacional no pueden elegir una norma que atente contra las ideas y los principios políticos, morales, económicos o sociales del Estado de ejecución del contrato, es decir, del lugar de entrega de las mercancías, tanto respecto de la *lex loci executionis* como de la *lex fori*.

En cuanto al fraude a la ley, éste resulta del acto (elemento material) y de la intención (elemento espiritual) tendentes a forzar la aplicación de una determinada ley para escapar de los efectos de otra ley, que sería de aplicación obligatoria de no haberse utilizado un medio fraudulento, también referida esta última ley tanto a la *lex loci executionis* como a la *lex fori*.

La ley aplicable a los contratos de transporte multimodal internacional puede no resultar de la elección voluntaria por las partes sino del propio cuadro normativo dentro del que se cumple tal contrato.

En efecto, si ese contrato establece que el lugar estipulado en el que el operador de transporte multimodal debe asumir la custodia de las mercancías o debe hacer su entrega de ellas se halla en un Estado contratante del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, de Ginebra de 24 de Mayo de 1980, esta normativa es de cumplimiento obligatorio, si bien este criterio imperativo no afectará a la aplicación de ningún convenio internacional o ley nacional concerniente a la reglamentación y control de las operaciones de transporte, ni será incompatible con tal aplicación.

2. El tema de la ley aplicable está relacionado con el del tribunal competente, es decir que paralelamente a la existencia de conflictos de competencia legislativa se constata la existencia de conflictos judiciales de orden internacional.

A menudo, las cláusulas contractuales cubren ambos temas, y a menudo también, esa elección de las partes en ejercicio de la autonomía de sus voluntades, perjudica a una de las partes, generalmente a la más débil. La determinación del tribunal competente no puede ser hecha por una sola de las partes en el contrato de transporte multimodal internacional, sino que debe ser el resultado de un consentimiento bilateral. Sin embargo, en la práctica negocial es frecuente que la sumisión a un determinado tribunal resulte de una cláusula atributiva de jurisdicción impuesta por una de las partes, en nuestro caso, por el transportista, ya que el cargador, y consecuentemente el receptor de las mercancías, difícilmente podrán eludir tal imposición si desean obtener las prestaciones previstas en el contrato.

En el contrato de transporte multimodal internacional, el tribunal competente debe ser el del lugar de su ejecución que es el de la entrega de las mercancías (*loci executionis*), el del cumplimiento de la obligación característica de dicho contrato.

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, de Ginebra de 24 de Mayo de 1980, presenta una opción semejante, de la que disfruta la parte demandante, si bien incluye la jurisdicción de cualquier otro lugar designado en el contrato y que figure en el documento de transporte multimodal.

Esto significa que cuanto sean de aplicación aquella normativa, las partes pueden pactar, renunciando a su propio fuero, someter cualquier divergencia a la jurisdicción de un determinado tribunal, otro que los del domicilio del demandado, o los de los lugares donde el OTM asume la custodia de las mercancías o donde debe entregarlas a su destinatario.

Sin embargo, esa consagración de las cláusulas atributivas de jurisdicción en las citadas normativas internacionales no significa que ellas quedan legitimadas para que la parte débil acepte y acate órganos jurisdiccionales en circunstancias en que su libertad de contratación y su consentimiento se han visto reducidos, condicionados o aún anulados.

Somos contrarios a la actuación de un tribunal que no sea el del lugar de la ejecución del contrato de transporte multimodal internacional, que es el de la entrega de las mercancías, como ya lo hemos dicho. Sin embargo, si la incorporación de una determinada normativa internacional al ordenamiento jurídico de un Estado implica la admisión de la referida opción sumisoria, habrá que someter a la cláusula correspondiente a un severo control, tanto en cuanto al examen del consentimiento como a los presupuestos de licitud.

Respecto del consentimiento, éste debe ser realmente libre, y la elección del tribunal debe hacerse de forma inequívocamente clara, mediante un texto visible que designe concretamente el tribunal al que las partes se someten.

En cuanto a la licitud de la cláusula, es preciso verificar si ella se ajusta a los principios de buena fe contractual y si no da lugar a un desequilibrio prestacional en perjuicio de la parte débil, presumiblemente el cargador, o el destinatario de las mercancías.

Los controles de inclusión y de contenido deben ser estrictos, y si la cláusula no los supera, ésta debe declararse abusiva y consiguientemente nula.

En el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, de Ginebra de 24 de Mayo de 1980, se preve la posibilidad de que las partes designen un lugar determinado para ejercitar acciones, después de presentada la reclamación pertinente.

Finalmente, cabe destacar que, como lo establecen algunos textos internacionales, las partes en un contrato de transporte multimodal internacional pueden someter sus diferencias a la decisión de árbitros.