

# LA RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL EN LA LEGISLACION ANDINA

*Manuel Guillermo Sarmiento García*

## I. INTRODUCCIÓN

**E**N PRIMER LUGAR quiero agradecer a la Universidad de Roma "La Sapienza", al Instituto de Derecho de la Navegación, y muy especialmente a su Director el profesor Gustavo Romanelli, por la extraordinaria acogida que me han dispensado en esta bella ciudad de Roma y por la oportunidad de dirigirme a ustedes para tratar un tema de indudable actualidad e importancia, como es la responsabilidad del operador de transporte multimodal en la legislación andina, trabajo que hemos dividido en dos grandes capítulos, el primero introductorio, donde se analiza en forma general la regulación del transporte multimodal en el Pacto Andino, y el segundo donde se estudia la estructura de la responsabilidad del operador.

### A. ESTRUCTURA DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA ANDINA

EL PACTO ANDINO o Acuerdo de Cartagena es un convenio de carácter subregional que integra cinco países del área suramericana: Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia, en aspectos comerciales, aduaneros y legislativos.

Este acuerdo subregional tiene una vigencia de veintiocho años, ya que fue suscrito en Cartagena en el año de 1969. Sin embargo su desarrollo fue muy lento durante los primeros veinte años y sólo en la última década los países miembros del Pacto Andino, impulsados por los aires de las nuevas tendencias económicas mundiales, como la globalización y liberación de los mercados y la apertura económica, comenzaron a preocuparse por su integración, con la finalidad de adquirir una posición propia en el nuevo diseño de la estructura geopolítica mundial del próximo siglo, que al finalizar la llamada guerra fría ha sustituido la lucha y el enfrentamiento ideológico por una lucha de carácter comercial; ésta tiene como protagonistas fundamentales a los grandes bloques económicos, como son el bloque norteamericano (Estados Unidos, Canadá y México, integrados en el Tratado de Libre Comercio -NAFTA-), la Unión Europea y el Bloque Oriental liderado por Japón y China.

Esta nueva distribución de fuerzas en el escenario mundial amenaza a los países del mundo en vías de desarrollo, como sucede con las naciones latinoamericanas y africanas, que requieren diseñar y ejecutar procesos de integración económica y comercial, para enfrentar los nuevos desafíos de la política y economía mundiales.

El Pacto Andino y el Mercosur son dos buenos ejemplos de estos procesos de integración en el área latinoamericana; precisamente este trabajo sobre "La Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal" refleja el interés de los países

miembros en lograr una unificación normativa en materia de derecho del transporte, que se manifiesta principalmente en las decisiones adoptadas sobre transporte aéreo (Decisión 297 de 1991); transporte marítimo (Decisión 288 de 1991); transporte terrestre de pasajeros (decisiones 289 de 1991 y 359 de 1994); transporte de carga terrestre (decisiones 287 de 1989 y 358 de 1994) y transporte multimodal (decisiones 331 de 1993 y 393 de 1996). Respecto a las decisiones adoptadas en materia de transporte multimodal, resulta indispensable precisar que la estructura legislativa del Acuerdo de Cartagena contempla dos categorías de normas comunitarias:

1. Normas de derecho primario.
2. Normas de derecho secundario.

Las primeras están contenidas en el tratado que creó el Acuerdo de Cartagena y sus diferentes protocolos modificativos, y en el tratado que creó el Tribunal Andino de Justicia; las normas de carácter secundario son las derivadas de los tratados básicos, expedidas por las autoridades andinas autorizadas por el mismo acuerdo para proferir la legislación aplicable a todos los países miembros del Pacto: derecho secundario éste, conformado por las decisiones de la Comisión y las resoluciones de la Junta.

## B. REGULACIÓN DEL TRANSPORTE MULTIMODAL EN EL PACTO ANDINO

### 1. Decisión 331 de 1993

En el año de 1993 la Comisión del Acuerdo de Cartagena se ocupa por primera vez de la regulación del transporte multimodal a nivel comunitario andino, que no tenía mayores antecedentes legislativos en los países miembros: en el caso colombiano sólo hasta el año de 1990, con la reforma parcial que se le introdujo al Código de Comercio, en materia de derecho del transporte, mediante la expedición del Decreto 01 de ese año, se tipificó por primera vez en la codificación comercial el transporte multimodal, en una forma muy elemental e incompleta, ya que se pretendió regular toda la figura en un solo artículo, que apenas describe los elementos estructurales de este tipo de transporte, sin desarrollarlos.

Se limita el artículo 987 del Código de Comercio, reformado por el artículo 7° del Decreto 01 de 1990, a establecer que: «En el transporte multimodal la conducción de mercancías se efectuará por dos o más medios de transporte, desde un lugar en que el operador de transporte multimodal las toma bajo su custodia o responsabilidad hasta otro lugar designado para su entrega al destinatario, en virtud de un contrato único de transporte».

En su inciso 2° el artículo 7° del decreto mencionado define al operador de transporte multimodal como aquella persona «que por sí, o por medio de otra que obre en su nombre, celebra un contrato de transporte multimodal y actúa como principal, no como agente o por cuenta del remitente o de los transportadores que participan en las operaciones, y asume la responsabilidad del cumplimiento del contrato», dando a entender que el protagonista único de esta modalidad de transporte es el operador y olvidando sujetos tan importantes como son el remitente o expedidor y el consignatario.

El inciso 3° en forma muy elemental consagra la figura del transporte multimodal internacional, diciendo que éste se presenta, cuando la conducción de mercancías ocurra entre dos o más países.

Por último el inciso 4º, ante lo exiguo de la regulación, consagra unas reglas de analogía, referidas a las disposiciones del Código de Comercio y a los reglamentos, y, en lo no regulado, a la costumbre.

Posteriormente el Decreto 2401 de 1991, que modificó algunas disposiciones del Código de Aduanas, amplió el campo legislativo del transporte multimodal en el derecho colombiano, consagrando algunas definiciones importantes de esta modalidad, como el caso del operador, del transportador, del documento de transporte multimodal, señalando algunos trámites para la ejecución de este tipo de transporte, especialmente en el campo aduanero.

Pero es sólo desde la expedición de la Decisión 331 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que los países miembros del Pacto Andino cuentan con una legislación integral en materia de transporte multimodal, ya que allí se encuentran regulados los aspectos esenciales de esta nueva modalidad transportadora que hoy prácticamente domina el comercio internacional.

Esta primera norma comunitaria andina se inspiró fundamentalmente en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, conocido como el Convenio de Ginebra de 1980, y a través de seis capítulos regula lo referente a las definiciones, tanto de los diferentes protagonistas que intervienen como de los hechos fundamentales que tipifican y estructuran el transporte multimodal, fijando en el capítulo II el ámbito de aplicación de la norma y reglamentando en el capítulo III todo lo referente al contrato de transporte multimodal.

Para efectos de nuestro estudio, nos interesa fundamentalmente analizar en este capítulo III lo referente a la responsabilidad del operador de transporte multimodal, que vamos a desarrollar en la segunda parte de este trabajo, la cual está construida fundamentalmente sobre una base contractual; es decir que el marco de análisis de la responsabilidad del transportador multimodal es el contrato que éste celebra, ampliando esta regulación a los hechos generadores de daño que se ocasionen por fuera de la relación contractual y den lugar a una responsabilidad de tipo extracontractual, de acuerdo con el criterio del Convenio de Ginebra de 1980, que en forma expresa dispone en su artículo 20 que todos aquellos hechos que dan lugar a la responsabilidad extracontractual son regulados por el Convenio, en especial en lo referente a exoneraciones y límites de responsabilidad. Esta cuestión resulta discutible, ya que los regímenes de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, dan lugar a escenarios diferentes; en efecto, si bien existe como elemento común el daño, como generador de cualquier obligación de indemnizar, en el campo de la responsabilidad contractual éste se presenta con ocasión y en desarrollo del contrato, existiendo un vínculo anterior entre la víctima y el agente del daño, mientras que en la responsabilidad extracontractual no existe un nexo previo entre el agente y la víctima, y el daño se presenta en desarrollo de una relación ocasional. Ello nos permite concluir que, por tratarse de circunstancias totalmente distintas, no resulta razonable ni equitativo aplicar las normas del régimen contractual al extracontractual.

Otro aspecto que merece destacarse de la Decisión 331 de 1993 es el principio contenido en el artículo 27 sobre la prevalencia de los convenios internacionales aplicables al contrato de transporte multimodal respecto de las disposiciones de la norma comunitaria, lo cual tiene una incidencia importante sobre el régimen de responsabilidad, especialmente en lo que se refiere a los límites de responsabilidad, como lo prevé el artículo 16 de la decisión; sin embargo lo que preocupa de este

principio es que se enunció en forma tan general que no tuvo en cuenta si esos convenios internacionales resultan o no aplicables a los países miembros del Pacto Andino, ya sea porque éstos los hayan suscrito y ratificado o posteriormente adherido, sino que en forma general consagró la vinculación a un convenio internacional, a través de una norma comunitaria, desconociendo la regla del derecho internacional que establece que los convenios o tratados internacionales sólo obligan a aquellos países que los han suscrito y ratificado, de conformidad con los procedimientos internos establecidos en los respectivos países signatarios; por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la Constitución de 1991, para que un convenio o tratado internacional sea obligatorio para Colombia se requiere no sólo la intervención del poder ejecutivo, que tiene el manejo y dirección de las relaciones internacionales, sino del poder jurisdiccional (Corte Constitucional), que revisa la constitucionalidad del convenio; finalmente, le corresponde al poder legislativo (Congreso de la República) ratificar el tratado, mediante una ley, incorporándolo al derecho interno.

La aplicación de este principio de prevalencia de los convenios internacionales respecto de la normatividad comunitaria fue modificada por la Decisión 393, que analizaremos a continuación.

## *2. Decisión 393 de 1996*

Después de tres años de vigencia de la Decisión 331 la Comisión del Acuerdo de Cartagena consideró necesario revisar su contenido y, motivada fundamentalmente por la conveniencia de actualizar la norma comunitaria, con la finalidad de hacer más expedita y transparente su aplicación y de crear las condiciones jurídicas adecuadas para fomentar y estimular la oferta y prestación de los servicios de transporte multimodal en la subregión, decidió modificar la Decisión 331 en tres aspectos fundamentales.

El primero se relaciona con el régimen de responsabilidad del transportador multimodal, concretamente en lo referente a las causales de exoneración, que van a ser materia de análisis en la segunda parte de este trabajo.

En segundo lugar la Decisión 393 creó el Registro de Operadores de Transporte Multimodal, con el fin de permitir la prestación efectiva del servicio, mediante la adecuada vigilancia y control de la actividad, exigiéndole a los operadores las condiciones técnicas, administrativas y financieras que le garanticen a los usuarios un servicio eficiente.

Por último, la Decisión 393 subsanó el error en que incurrió la Decisión 331, en su artículo 27, respecto del principio de prevalencia de los convenios internacionales de transporte multimodal sobre la normatividad comunitaria, estableciendo que dicha prevalencia sólo será aplicable si todos los países miembros del Acuerdo de Cartagena involucrados en una operación de transporte multimodal son parte en dichos convenios internacionales; de esta forma se respeta la autonomía de los países miembros en el manejo de sus relaciones internacionales y se les da la opción de no aplicar el principio de prevalencia, mediante un acuerdo expreso en tal sentido.

## *3. Resolución 425 de 1996*

La tercera norma comunitaria de carácter secundario que regula el transporte multimodal en el área andina es la Resolución 425 de 1996, expedida por la Junta

del Acuerdo de Cartagena, que es la otra autoridad comunitaria autorizada por el Pacto Andino para legislar en la subregión.

Dicha resolución tiene por objeto reglamentar las decisiones 331 y 393 en lo relacionado con el Registro de Operadores de Transporte Multimodal Internacional, que constituye como lo decíamos anteriormente el instrumento para ejercer en forma adecuada la vigilancia y el control de la actividad de estos sujetos protagonistas de la modalidad multimodal.

La resolución contempla todos los aspectos formales para obtener la inscripción en el registro de operadores de transporte multimodal, inscripción ésta que constituye requisito indispensable para prestar el servicio, para lo cual se crea el certificado de registro, que es otorgado por el organismo nacional competente de cada país miembro, que en el caso colombiano es el Ministerio de Transporte.

En lo relacionado con nuestro estudio sobre la responsabilidad del transportador multimodal merece comentario especial el artículo 20 de la Resolución 425 de 1996, que le exige al operador de transporte multimodal mantener vigente una póliza de responsabilidad civil contractual que ampare los riesgos por la pérdida, deterioro o retraso en la entrega de las mercancías derivadas de los contratos de transporte multimodal.

Respecto a los riesgos de carácter extracontractual la Resolución 425 le da la alternativa a los operadores de transporte multimodal de cubrirlos mediante el ingreso a un club de protección e indemnización, cuyas reglas contemplan dichas coberturas, o a través de alternativas de carácter financiero que amparen tales riesgos.

Esta norma, además de establecer una garantía de protección para los usuarios del servicio de transporte multimodal, está evidenciando la asimilación que establecen las normas comunitarias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, que es el mismo criterio utilizado por el Convenio de Ginebra de 1980.

De otra parte, a nivel suramericano, el pasado mes de noviembre de 1996, en la III Reunión Ordinaria de la Conferencia de Ministros de Transportes, Comunicaciones y Obras Públicas de América del Sur, agrupados en la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), se suscribió el Acuerdo sobre Transporte Multimodal Internacional de América del Sur, que sigue muy de cerca la Decisión 393 de 1996 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

## II. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL

ESTA SEGUNDA PARTE de nuestro trabajo, como lo habíamos advertido en la introducción, la vamos a dedicar al estudio de la responsabilidad del operador de transporte multimodal, que constituye un tema fundamental en el análisis de esta modalidad de transporte, ya que el contenido y alcance de la obligación de indemnizar los perjuicios causados en desarrollo de la gestión a cargo del operador resulta de una gran importancia para los intereses de los usuarios de este servicio, que han visto con preocupación cómo existe la tendencia, tanto en la doctrina como en la legislación internacional, a aplicarle al transporte multimodal el mismo esquema anticuado y altamente desfavorable para los usuarios del transporte marítimo, previsto en la Convención de Bruselas y las Reglas de La Haya de 1924.

El análisis de la estructura de la responsabilidad del operador de transporte multimodal lo hemos dividido en cuatro capítulos: el primero dedicado al estudio del régimen de responsabilidad aplicable, donde a la luz de las decisiones 331 de 1993 y 393 de 1996 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena estudiaremos cuál es el fundamento de la responsabilidad civil que asume el operador en desarrollo de su actividad. El segundo capítulo tendrá por objeto el análisis de los daños indemnizables en el transporte multimodal, que admiten diversas categorías y cuyas consecuencias son igualmente diferentes. En el tercer capítulo se analizará lo referente a las causales de exoneración de la responsabilidad del operador de transporte multimodal, que ha tenido una evolución interesante en el régimen comunitario andino, dando lugar a controversia y polémica en los medios académicos y de la industria del transporte; en efecto, algunos sectores consideran que con la modificación introducida por la Decisión 393 de 1996 al esquema de la responsabilidad del transportador multimodal se estaría aceptando el régimen consagrado en las Reglas de Hamburgo. Por último, en el capítulo cuarto se estudiará lo referente al límite de indemnización, que, a diferencia de la mayor parte de las convenciones internacionales sobre derecho del transporte, no constituye el principio general sino la excepción.

#### A. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

CUALQUIER ANÁLISIS que se haga de la responsabilidad civil implica necesariamente establecer con claridad cuál es el régimen aplicable, lo cual puede estudiarse bajo dos aspectos diferentes: el primero relacionado con la órbita de acción de la responsabilidad, ya sea en el campo contractual o extracontractual, y el segundo referido al fundamento mismo de la obligación de indemnizar, es decir a los regímenes subjetivo y objetivo, y a las nociones de culpa y riesgo, que les sirven de soporte, respectivamente.

##### 1. Régimen de carácter contractual

En la normatividad comunitaria andina resulta perfectamente claro que el régimen aplicable es el contractual, es decir, que el daño como fuente de la responsabilidad del operador de transporte multimodal debe presentarse con ocasión y en desarrollo del vínculo contractual que une al operador con el usuario, sea el remitente o el consignatario. Así se desprende del principio contenido en el artículo 2° de la Decisión 331 de 1993, que al señalar el ámbito de aplicación de la norma comunitaria establece: «La presente decisión se aplicará a los contratos de transporte multimodal».

Tenemos entonces que si el daño se presenta por fuera de esta específica relación contractual o negocial no habrá lugar a la aplicación de las normas comunitarias andinas, y será necesario aplicar un régimen jurídico distinto, de conformidad con las reglas del derecho internacional privado.

No obstante la claridad sobre el ámbito de aplicación de la norma comunitaria, el sistema consagrado en el derecho andino se asemeja al establecido en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de 1980 y en las Reglas de la UNCTAD y la Cámara de Comercio Internacional de 1991, que contemplan en forma específica normas que amplían el alcance de esta normatividad internacional al campo de la responsabilidad extracontractual; así tenemos que el artículo 20 del Convenio de las Naciones Unidas dispone: «Las

exoneraciones y los límites de responsabilidad establecidos en el presente Convenio serán aplicables a toda acción contra el operador de transporte multimodal respecto de los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en la entrega, independientemente de que la acción se funde en la responsabilidad contractual, la responsabilidad extracontractual o en otra causa».

De igual manera, la regla 11 de la UNCTAD y la CCI establece: «Las presentes reglas se aplicarán a todas las reclamaciones que se dirijan contra el OTM en relación con el cumplimiento del contrato de transporte multimodal, independientemente que la reclamación se funde en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad extracontractual».

Este principio de la unidad de reclamaciones fue recogido por la legislación andina en el artículo 23 de la Decisión 331 de 1993, que establece: «Las normas de la presente decisión se aplicarán a todas las reclamaciones que se dirijan contra el operador de transporte multimodal, en relación con el cumplimiento del contrato de transporte multimodal, independientemente que la reclamación se funde en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad extracontractual».

Dicho principio de unidad de reclamaciones resulta cuestionable, ya que pretende assimilar dos regímenes de responsabilidad completamente diferentes, que si bien tienen un elemento común, que es el daño, difieren respecto de la forma en que éste se ocasiona; tratándose de responsabilidad contractual, las reclamaciones obviamente tendrán fundamento en aquellos daños que resulten del incumplimiento del contrato de transporte multimodal, que presuponen la existencia de un vínculo anterior entre el agente del daño y la víctima; en cambio, en el campo de la responsabilidad extracontractual las reclamaciones no pueden estar fundadas con el cumplimiento del contrato, ya que la víctima del daño no es un contratante sino un tercero, que resulta damnificado como resultado de la actividad transportadora multimodal, pero que no tiene la calidad del contratante y por tal razón no se le puede aplicar el mismo régimen contractual, que en algunos casos puede afectar sus intereses; tal es el caso de la limitación de la responsabilidad a que se ve sometido ese tercero, ajeno al contrato de transporte multimodal.

## *2. Régimen subjetivo de presunción de culpa*

Uno de los temas que mayor controversia y polémica ha generado el derecho moderno de la responsabilidad es el de establecer cuál es el fundamento y la razón de ser de la obligación de indemnizar, ya que las nociones de culpa y de riesgo, como bases esenciales de las teorías subjetiva y objetiva, respectivamente, resultan completamente irreconciliables y por lo tanto dan lugar a posiciones y soluciones totalmente contradictorias.

En un ensayo que tuvimos la oportunidad de publicar en el año de 1986 manifestábamos: «La idea de riesgo se presenta entonces sustitutiva de la idea de culpa como fundamento de la responsabilidad civil, lo cual implica el desconocimiento total del dogma milenario heredado del derecho romano según el cual “no hay responsabilidad sin culpa comprobada”, en el cual se basa toda la teoría tradicional de la responsabilidad y donde el elemento culpa se constituye en presupuesto de existencia de la obligación de indemnizar, hasta el punto de que si no existe culpa, o ésta no es debidamente probada, no habrá lugar a indemnización; a esta concepción absoluta y dogmática se opone la teoría del riesgo, cuyo rasgo fundamental es

elevar el daño a la categoría de elemento estructural de la responsabilidad, eliminando la culpa como fundamento de ésta; ello significa que la causa de la obligación de indemnizar radica en el daño, elemento éste objetivo, visible, perfectamente identificable, y no en la culpa probada o presunta, elemento subjetivo, invisible, difícilmente identificable, ya que se encuentra en la psique del individuo, donde le es imposible penetrar a los demás hombres, y en especial al juzgador para apreciar en forma real la verdadera intención del sujeto en la producción del perjuicio o daño; a éste, no obstante ser el elemento fundamental de análisis de todo el fenómeno de la responsabilidad, en la teoría de la culpa se le destina un lugar secundario, ya que mientras no se demuestre la culpa el perjuicio que efectivamente se ha producido no tiene ninguna importancia por cuanto, de acuerdo con el abstraccionismo que domina esta teoría, el perjuicio o daño sólo puede ser la consecuencia de una conducta culposa; nada más ajeno a la realidad que esta concepción, y nada más injusto y desestabilizador del orden social que condicionar la obligación de indemnizar los daños, cada vez más frecuentes y voluminosos en nuestro mundo altamente tecnificado e industrial, a consideraciones estrictamente subjetivas; por esta razón la teoría del riesgo reacciona desplazando el estudio y el análisis de la responsabilidad civil del campo subjetivo, donde la tenía sumida la noción de culpa, al campo objetivo, colocando al daño como causa única y primaria de la obligación de indemnizar, en una visión realista y por lo tanto objetiva del problema, ya que el daño es el elemento que configura y estructura todo el derecho de la responsabilidad; así tenemos entonces que, al sustituirse el concepto de culpa por el concepto de riesgo, se pasa de un sistema de responsabilidad subjetivo a un sistema de responsabilidad objetivo o de actos sin culpa, en donde basta demostrar el daño y la relación de causalidad material entre el hecho del agente y el perjuicio producido para que surja la obligación de indemnizar: es lo que se conoce como la teoría del riesgo integral, que, como lo dijo nuestra Corte Suprema de Justicia en 1938, constituye una aspiración de la evolución del derecho moderno y en nuestro sentir una de las primeras manifestaciones de la concepción sociológica del derecho frente a la concepción tradicional logicista y formalista, creando un conflicto –vigente aún– entre las doctrinas clásica y moderna del derecho; de ahí que, como lo dice Josserand, “la responsabilidad moderna envuelve dos polos: el polo objetivo, donde domina el riesgo creado, y el polo subjetivo, donde triunfa la culpa: y alrededor de estos dos polos gira la vasta teoría de la responsabilidad”»<sup>1</sup>.

Frente a esta controversia que aún se mantiene vigente, en especial en el campo del derecho del transporte, resulta importante resaltar cómo la tendencia del derecho civil moderno en el campo de la responsabilidad civil es la de proteger cada vez más los intereses de las víctimas de los daños (que se han venido incrementando en la sociedad contemporánea, tanto cualitativa como cuantitativamente) frente a la tesis más reaccionaria de la doctrina civilista, que pretende mantener los viejos privilegios que la ley le otorgaba a los causantes de los daños, cuyos intereses evidentemente resultaban favorecidos cuando se le exigía a la víctima la prueba de la culpa del agente, la cual en la mayor parte de los casos resultaba muy difícil de obtener.

<sup>1</sup> MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA, “La teoría del riesgo y la responsabilidad civil”, en *Estudios de Derecho Privado*. Homenaje al

Externado en su Centenario. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 202 y 203.

La normatividad andina sobre transporte multimodal contenida en las decisiones 331 de 1993 y 393 de 1996 acogió el régimen subjetivo de responsabilidad, bajo la variante de la presunción de culpa, que constituye una atenuación del sistema rígido e injusto de la culpa probada, mediante la inversión de la carga de la prueba, liberando al usuario del servicio de transporte multimodal de la obligación de demostrar la culpa del operador y dándole la oportunidad a éste de desvirtuar la presunción legal con la prueba de la debida diligencia o ausencia de culpa.

En efecto, el artículo 5º de la Decisión 393 de 1996, que sustituyó el artículo 9º de la decisión 331 de 1993, dispone: «El operador de transporte multimodal será responsable de los daños y perjuicios resultantes de la pérdida o el deterioro de las mercancías, así como del retraso en la entrega, si el hecho que causó la pérdida, el deterioro o el retraso en la entrega se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia en los términos del artículo 6º, a menos que pruebe que él, sus empleados o agentes, o cualquiera otra de las personas a que se refiere el artículo 7º, adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias».

Esta norma reproduce literalmente el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal; respecto de la que sustituyó, contenida en la Decisión 331 de 1993, encontramos diferencias de redacción que podrían dar lugar a interpretaciones diversas.

El artículo 9º de la Decisión 331 de 1993 establecía que el operador de transporte multimodal, para desvirtuar la presunción de culpabilidad, debía probar «que no medió culpa o negligencia de su parte, ni de parte de sus empleados, agentes o cualquiera otra de las personas señaladas en el artículo 7º, para ocasionar la pérdida, el daño o el retraso, o contribuir a ello».

La anterior redacción fue tomada de la regla 5.1 de la UNCTAD y la C. C. I. que es posterior a la Convención de las Naciones Unidas, la cual sirvió de fuente a la Decisión 393 de 1996 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; al efectuar una comparación entre las dos normas comunitarias advertimos que la diferencia en la redacción puede dar lugar a dificultades de tipo hermenéutico, ya que el artículo 9º de la Decisión 331 de 1993 estableció con claridad que la forma de desvirtuar la presunción de culpabilidad era precisamente la prueba por parte del operador que había obrado libre de culpa y en forma diligente, lo cual resultaba relativamente fácil de evaluar por parte de un juez, ya que la culpa aparece plenamente tipificada en la ley (art. 63 C. C. Col.; en cambio la redacción del artículo 5º de la Decisión 393 de 1996, que sustituyó el artículo 9º, al disponer que al operador para desvirtuar la presunción de culpabilidad le basta demostrar que «adoptó todas las medidas que razonablemente podrían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias», está ampliando el campo de defensa del operador, introduciendo el término “razonablemente”, que se presta a interpretaciones de tipo subjetivo, ya que lo que resulta razonable para una de las partes puede no serlo para la otra, o para el juez; además se trata de adoptar las medidas necesarias para evitar el daño, no sólo el hecho que lo genera, lo cual también podría dar lugar a dificultades de interpretación; en este aspecto, si bien las Reglas de Hamburgo de 1978 aplicables al transporte marítimo establecen la misma fórmula del artículo 5º de la Decisión 393 de 1996, otras normas internacionales sobre derecho del transporte, como es el caso de la Convención de Varsovia de 1929 y su Protocolo modificativo de La Haya de 1955, aplicables al transporte aéreo internacional de pasajeros y mercancías, al referirse a la prueba de la debida diligencia establecen con claridad que el transportador debe

demostrar que «adoptó todas las medidas necesarias para evitar el daño», y no sólo el hecho que generó dicho daño, que no es lo mismo; podría decirse que cuando la norma se refiere a la adopción de medidas para «evitar el hecho y sus consecuencias» estaría involucrando el daño, lo cual es cierto: sin embargo sería más clara la disposición si se refiere a las consecuencias dañinas de ese hecho.

Como conclusión de este tema podemos decir entonces que el régimen de responsabilidad aplicable al operador de transporte multimodal en la legislación andina es un régimen subjetivo bajo la variante de la presunción de culpa, pues le corresponde al operador la carga de la prueba para desvirtuar dicha presunción, demostrando su debida diligencia, que se traduce en la fórmula de «adoptar todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias».

## B. DAÑOS INDEMNIZABLES

EL ELEMENTO FUNDAMENTAL alrededor del cual gira todo el derecho de la responsabilidad es el *daño*: sin daño no hay responsabilidad, ya que éste es el presupuesto básico, la fuente de la obligación de indemnizar; ello desvirtúa el principio tradicional que aún se mantiene vigente en la mayor parte de legislaciones de corte napoleónico, en virtud del cual el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la noción de culpa; esta tesis es defendida por la doctrina tradicional del derecho civil en nuestro país, que se ha negado a reconocer que la fuente de la responsabilidad no es la culpa sino el daño, como lo establece en forma clara el artículo 1494 del Código Civil, cuando establece: «Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia».

En desarrollo de este principio esencial de que el daño es el presupuesto de existencia de la responsabilidad, el objeto de la indemnización no puede ser otro que el daño causado, el cual puede definirse como todo hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho en su persona, su patrimonio o sus sentimientos, definición ésta que nos lleva a clasificar el daño en dos grandes categorías: daño material y daño moral; la primera de éstas contempla a su vez el daño material de carácter extrapatrimonial, o daño a la persona, y el daño material de tipo patrimonial, o daño al patrimonio.

Respecto de la responsabilidad del operador de transporte multimodal en la legislación andina, los daños materia de indemnización son daños materiales de carácter patrimonial, o sea, daños a las mercancías objeto del transporte multimodal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la Decisión 331 de 1993, estos daños consisten en «la pérdida o el daño de las mercancías, así como el retraso en su entrega», redacción ésta que sigue la contenida en el artículo 16 de la Convención de Ginebra de 1980 y en la regla 5.1 de la UNCTAD, la cual presenta algunas dificultades de interpretación, ya que no resulta claro establecer si la “o” que separa los términos “pérdida” y “daño” es disyuntiva o conjuntiva: si se interpretara que los términos son diferentes habría que establecer en qué casos el daño consiste en pérdida parcial y en cuáles en pérdida total de la mercancía, lo cual tiene un alcance indemnizatorio distinto.

Por esta razón resultó afortunada la modificación introducida por la Decisión 393 de 1996, que al sustituir el artículo 9º de la Decisión 331 dispuso: «El operador de transporte multimodal será responsable de los daños y perjuicios resultantes de la pérdida o el deterioro de las mercancías, así como del retraso en la entrega», lo cual le da mayor claridad a la norma respecto de los daños indemnizables en el transporte multimodal, ya que éstos consistirán en primer lugar: en la pérdida de las mercancías, que se asimila a pérdida total, o sea, cuando el daño es de tal magnitud que la mercancía transportada queda destruida o de tal modo averiada que pierda la aptitud para el fin a que esté naturalmente destinada; el segundo daño indemnizable sería el deterioro de la mercancía, que se identifica con la pérdida parcial de ésta, y se presenta cuando el objeto no queda completamente destruido y es viable su reparación, recuperando su aptitud para el fin al que ha sido destinado.

Estos daños indemnizables en el transporte multimodal, consistentes en pérdida o deterioro de las mercancías, sólo son imputables a un hecho del operador si se presentan en el período comprendido entre el momento en que éste toma las mercancías bajo su custodia y el momento en que las entrega, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º de la Decisión 331 de 1993.

Este término es el que se conoce como el período de la responsabilidad del operador, durante el cual asume los riesgos de su actividad y responde por los daños causados a las mercancías, salvo la existencia de un motivo exonerador; período de responsabilidad éste que igualmente se encuentra contemplado en el Convenio de Ginebra de 1980 y en las Reglas de la UNCTAD de 1991, que a su vez fueron tomadas de la fórmula consagrada en las Reglas de Hamburgo de 1978 para el transporte marítimo, que modificó el sistema de responsabilidad conocido como de “pluma a pluma”, que comprendía un período de responsabilidad que iba desde el embarque hasta el desembarque de las mercancías, consagrado en las Reglas de La Haya por el sistema de responsabilidad de “puerto a puerto”, que comprende un período mayor, ya que cubre todo el tiempo en que las mercancías se encuentran bajo la custodia del transportador, sea en el buque o en el puerto<sup>2</sup>.

El tercer daño indemnizable en el transporte multimodal andino es “el retraso en la entrega de las mercancías”, daño éste que ha sido motivo de controversia a lo largo de toda la historia del derecho del transporte, ya que se considera en forma general que el transportador no debe responder por este tipo de daño, y en los casos en que se ha tipificado expresamente en la legislación internacional se le han impuesto una serie de limitaciones.

Recordemos que cuando se discutía el Convenio de Varsovia de 1929, que regula el transporte aéreo internacional de pasajeros y mercancías, fue necesaria la intervención vigorosa del delegado de Francia, señor Ripert, quien, ante la negativa de la mayor parte de los participantes en la conferencia internacional de Varsovia para aceptar la responsabilidad por retraso del transportador aéreo, sostuvo la tesis de la celeridad como razón fundamental para que los usuarios optaran por este tipo de transporte, lo cual imponía un régimen de responsabilidad por retraso, que finalmente quedó consagrado en el Convenio de Varsovia de 1929<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> ALICIA GAST PINEDA, *Efectos legales y prácticas de las Reglas de Hamburgo*, Bogotá, Editora Guadalupe, 1989, pp. 27 y 28.

<sup>3</sup> MARIO FOLCHI y EDUARDO COSENTINO, *Derecho aeronáutico y transporte aéreo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977, p. 104.

En el caso del transporte marítimo, las Reglas de La Haya de 1924 no contemplan como daño indemnizable el retraso en la entrega de las mercancías, situación ésta que fue corregida por las Reglas de Hamburgo de 1978, que en el artículo 5º lo consagra expresamente, lo cual ha dado lugar a múltiples cuestionamientos, especialmente en lo que se refiere al tipo de daños causados por los retrasos o demoras en la entrega; o sea, si éstos son directos, relacionados con la carga misma, o indirectos, como sería el daño causado a un empresario, por la parálisis en la producción de su fábrica, debido a la demora en el transporte de un repuesto para su maquinaria; en este punto los delegados de los Estados Unidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre transporte marítimo de mercancía, celebrada en Hamburgo en 1978, dejaron constancia de que la responsabilidad por retraso en la entrega se refería al deterioro físico de la carga producida por demora<sup>4</sup>.

En el régimen andino la responsabilidad del operador de transporte multimodal por retraso en la entrega de las mercancías se diferencia del sistema contemplado en la Convención de Ginebra de 1980 y en las Reglas de la UNCTAD de 1991, ya que dicho retraso no genera responsabilidad por sí solo, sino que requiere una declaración especial por parte del expedidor en el sentido de que la entrega debe hacerse en un plazo determinado, previa aceptación por parte del operador de transporte multimodal.

Tenemos entonces que esta responsabilidad por retraso en la entrega constituye una excepción y no un principio general en la legislación andina: así se desprende de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 9º de la Decisión 331 de 1993 (que no fue objeto de modificación por parte de la Decisión 393 de 1996), el cual establece: «No obstante, el operador de transporte multimodal no será responsable de los perjuicios resultantes del retraso en la entrega a menos que el expedidor haya hecho una declaración de interés en la entrega dentro de un plazo determinado y ésta haya sido aceptada por el operador de transporte multimodal».

### C. CAUSALES DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

COMO LO ADVERTIMOS en la introducción de este trabajo, uno de los aspectos que ha generado mayor controversia en la legislación andina del transporte multimodal es la modificación introducida por la Decisión 393 de 1996 al artículo 11 de la Decisión 331 de 1993 respecto de las causales de exoneración de la responsabilidad del operador.

La Decisión 331 contemplaba el régimen tradicional de exoneración consagrado en la Convención de Bruselas y las Reglas de La Haya de 1924, para el transporte marítimo de mercancías, basado fundamentalmente en el reconocimiento de la culpa náutica como causal de exoneración de la responsabilidad; así lo establecía el artículo 11 de la decisión mencionada, cuando disponía: «No obstante lo dispuesto en el artículo 9º, el operador de transporte multimodal no será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega con respecto a las mercancías transportadas por vías marítimas o de navegación interior, cuando tales pérdidas, daño o retraso hayan sobrevenido durante ese transporte por:

«- Actos, negligencia o falta del capitán, marinero, práctico o empleados del porteador en la navegación o en el manejo del buque.

<sup>4</sup> ALICIA GAST PINEDA, *Op. Cit.*, p. 44.

«— Incendio, a menos que haya sido ocasionado por acto u omisión del porteador».

El régimen de exoneración de responsabilidad consagrado en las Reglas de La Haya de 1924, basado esencialmente en la aceptación de la culpa náutica como causal exonerativa, fue desmontado por las Reglas de Hamburgo de 1978, que eliminó totalmente este hecho exonerador, criterio éste que igualmente fue aceptado por el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de 1980.

La existencia de la culpa náutica, o los llamados errores de navegación, como factor de exoneración de la responsabilidad en todas las modalidades de transporte, ha sido objeto de muchas críticas, que consideran su inclusión como un “premio a la negligencia”, celosamente defendido por la industria aseguradora de carga y sus abogados, que pretenden mantener vigente una legislación anticuada, diseñada hace setenta años para naves de madera, que no se adecúa a la nueva realidad del transporte moderno<sup>5</sup>.

La tendencia de la legislación internacional sobre transporte es la de eliminar las fallas de navegación como causal de exoneración de la responsabilidad del transportador, ya que dichos errores son inherentes a su actividad y por lo tanto debe ser el porteador quien los asuma y responda por ellos, como riesgos propios de su actividad, y no los traslade al usuario del servicio, que no tiene ningún control sobre ellos.

Un ejemplo de esta tendencia son las normas internacionales sobre transporte aéreo, donde el Protocolo de La Haya de 1955, modificativo del Convenio de Varsovia de 1929, excluyó completamente los errores de navegación, que habían sido consagrados por el Convenio como causal de exoneración para el transporte aéreo de carga.

No puede entenderse cómo es posible que a finales del siglo XX, cuando todas las modalidades de transporte han progresado a pasos agigantados, y desde el punto de vista tecnológico los riesgos de la navegación aérea, marítima y terrestre están totalmente controlados por los transportadores, todavía se quiera mantener un privilegio, permitiéndoles a éstos exonerarse de responsabilidad por un hecho generado por su propia culpa o la de sus empleados; ello no sólo contradice principios elementales de justicia y equidad, baluartes fundamentales de todo ordenamiento jurídico, sino que merece severos cuestionamientos éticos.

El artículo 6º de la Decisión 393 de 1996, al sustituir el artículo 11 de la Decisión 331 de 1993, eliminó totalmente como causales de exoneración de la responsabilidad del operador de transporte multimodal todas las relacionadas con la negligencia y faltas de la tripulación en el manejo del buque, lo mismo que el incendio de éste, y excluyó la posibilidad que se le otorgaba al operador para probar que había empleado la debida diligencia para poner el buque en estado de navegabilidad al comienzo del viaje, al consagrar un régimen exonerativo uniforme que no hace ninguna diferenciación respecto de los tipos de transporte que pueda utilizar el operador, permitiéndole que se exonere de responsabilidad, no sólo con la prueba de la debida diligencia, traducida en la fórmula de «adoptar todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias», sino en hechos que tienen que ver:

<sup>5</sup> WILLIAM J. AUGELLO, “El punto de vista de los usuarios sobre la responsabilidad de la carga”. Ponencia presentada en la Asociación de Tribu-

nales Federales. Washington, D. C., febrero 6 de 1986.

1º Con la actividad o culpa de la víctima, como son las causales consistentes en: «Acto u omisión del expedidor, de su consignatario o de su representante o agente» y «manipuleo, carga, descarga, estiba y desestiba de las mercancías realizadas por el expedidor, el consignatario o por su representante o agente».

2º Con la naturaleza y condición misma de la mercancía, como son las causales consistentes en: «Insuficiencia o condición defectuosa del embalaje, marcas, o números de las mercancías» y «vicio propio u oculto de las mercancías».

3º Con hechos de terceros, como es la causal consistente en: «Huelga, *lock-out*, paro o trabas impuestas total o parcialmente en el trabajo y otros actos fuera del control del operador del transporte multimodal, debidamente comprobados».

Como conclusión a este capítulo podemos afirmar que la legislación andina constituye la única normatividad a nivel internacional, actualmente vigente, que ha logrado consagrar el régimen de responsabilidad previsto en las Reglas de Hamburgo para el transportador marítimo, al eliminar como causal de exoneración de la responsabilidad la culpa náutica, lo cual constituye un avance importante, debido a la resistencia que han generado dichas Reglas en el campo internacional.

#### D. LÍMITE DE INDEMNIZACIÓN

HA SIDO UNA constante en la legislación sobre derecho del transporte consagrar la figura del límite de indemnización, que constituye una excepción al principio general en virtud del cual el daño debe ser reparado en su integridad.

Por lo general las normas internacionales se refieren es al límite de responsabilidad; nosotros consideramos que resulta más técnico y claro referirse más bien al límite de indemnización, ya que no se trata de limitar la responsabilidad, como obligación de indemnizar que surge del daño causado, sino reducir el monto de la indemnización, por razones fundamentalmente de índole económica, tendientes a proteger los intereses de los transportadores frente a reclamaciones cuantiosas, que en un momento dado afecten su estructura y estabilidad financiera.

La legislación andina sobre transporte multimodal no contempla el límite de indemnización como un principio de aplicación general, sino como una excepción: así se desprende de lo establecido en los artículos 12 y 13 de la Decisión 331 de 1993 de la Convención del Acuerdo de Cartagena.

El artículo 12 consagra el sistema de reparación integral del daño, señalando los criterios para establecer la cuantía de la indemnización por pérdida o daño de las mercancías, que se refieren al valor de éstas en el lugar y el momento de su entrega al consignatario, o en el lugar y el momento en que, de conformidad con el contrato de transporte multimodal, debieran haber sido entregadas.

Dicho valor se fija con arreglo a la cotización que tengan en una bolsa de mercancías o, en su defecto, según el precio que tengan en el mercado, y si no se dispusiese de esa cotización o de ese precio, de acuerdo con el valor usual de mercancías de igual naturaleza y calidad.

De conformidad con esta disposición, el operador de transporte multimodal en el Pacto Andino debe indemnizar el daño en forma integral, lo cual requiere por parte del expedidor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Decisión 331 de 1993, una declaración específica sobre la naturaleza y el valor de las mercancías, antes de que el operador de transporte multimodal las haya tomado bajo su custodia, declaración ésta que debe estar contenida en el documento de transporte multimodal.

En ausencia de esta declaración, opera la excepción del límite de indemnización, que el artículo 13 establece en la suma máxima equivalente a 666.67 DEG (Derechos Especiales de Giro) por bulto o por unidad o a 2.00 DEG por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas; si esta cantidad es mayor, se consagra en el artículo 14 el principio de la unidad de carga, en virtud del cual todas las mercancías contenidas en un contenedor, paleta o elemento de transporte análogo se consideran como una sola unidad de carga transportada, a menos que en el respectivo documento de transporte multimodal se independicen cada uno de los bultos o unidades de carga transportada.

Como conclusión final a este trabajo, que constituye un aporte modesto a la doctrina del derecho del transporte, podemos decir que la norma comunitaria andina que ha sido objeto de análisis en este estudio constituye tal vez la única legislación a nivel internacional regulatoria del transporte multimodal que se encuentra vigente, recogiendo los principios fundamentales contenidos en la Convención de las Naciones Unidas, y que se presenta como un instrumento moderno y eficaz para regular el sistema de transporte que se va a imponer definitivamente en el próximo siglo.