

# Auxiliar del porteador y responsabilidad en el transporte internacional de mercancías por mar<sup>1</sup>

The Carrier's Assistant and the Responsibility Within the International Carriage of Goods by Sea

ALCESTES CERVERA MARTÍN<sup>2</sup>

## RESUMEN

Actualmente el porteador necesita recurrir una variedad de auxiliares para el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asume. Por tanto, su actuación influye de forma determinante en la ejecución de los contratos de transporte y en la responsabilidad que surge cuando se produce algún incumplimiento, en particular por daños en las mercancías. A pesar de ello, durante muchos años el auxiliar del porteador ha sido excluido del derecho uniforme sobre transporte internacional de mercancías por mar. Sin embargo, como se expone en este artículo, el legislador internacional se ha visto obligado a reconocer paulatinamente esta realidad e incluirla de alguna forma en los distintos textos internacionales.

**Palabras clave:** Auxiliar porteador, responsabilidad extracontractual, transporte de mercancías.

1 Fecha de recepción: 26 de octubre de 2016. Fecha de aceptación: 14 de diciembre de 2016. Para citar el artículo: Cervera, A. "Auxiliar del Porteador y Responsabilidad en el Transporte Internacional de Mercancías por Mar". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 15, N° 2, julio-diciembre, 2016. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v15n2.03>

2 Docente de derecho comercial y conferencista española. Abogada por la universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho de los Negocios y Litigación Internacional por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Doctoranda en Derecho Mercantil en la misma institución. E-mail: [acervera.docente@gmail.com](mailto:acervera.docente@gmail.com)

## ABSTRACT

Nowadays the carrier needs to use different kind of assistants to fulfill contractual obligations assumed. Therefore, its behavior influences decisively in the implementation of transport contracts and the responsibility that arises when a default happen, especially damage to the goods. Despite this, for many years the carrier's assistant has been excluded from the uniform law for international carriage of goods by sea. However, as discussed in this article, the international legislator has gradually been forced to recognize this fact and to included it in the international agreements.

**Key words:** Carrier's assistant, non-contractual liability, carriage of goods.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad es muy común observar que, en la mayor parte de las ocasiones, los intervinientes en el transporte —y especialmente el porteador— son sociedades dotadas de personalidad jurídica. Atrás han quedado los tiempos en que la actividad de porteador o transportista era realizada por un trabajador autónomo, propietario de un vehículo o de una pequeña flota, el cual no sólo era parte firmante del contrato sino que realizaba por sí mismo todas y cada una de las actividades necesarias para llevar a cabo la ejecución del transporte.

Debido a la globalización y al crecimiento del comercio internacional, los operadores de transporte se han visto obligados a realizar inversiones cada vez más grandes, a aumentar el personal a su cargo, a especializarse en ramas determinadas del tráfico jurídico, a segmentar geográficamente su proceso de distribución e, incluso, a asociarse con otros transportistas para poder ampliar la prestación de sus servicios sin por ello tener que aumentar demasiado sus costes. Todo ello les ha llevado a constituir sociedades, o incluso grupos societarios, a través de las cuales resulta más sencillo incrementar el volumen de inversión a la vez que esto les permite minimizar no sólo el coste, sino también el riesgo asumido.

Pero resulta indiscutible que estas sociedades, y en muchas ocasiones también los transportistas autónomos, necesitan valerse de personas físicas para realizar las actividades que constituyen su objeto social, máxime cuando se trata de transportes de carácter internacional. Este hecho, que en principio puede resultar evidente, cobra una enorme trascendencia cuando se trata de las personas que llevan a cabo las acciones conducentes a la ejecución del contrato de transporte y ello porque, a pesar de tratarse de terceros ajenos a la relación contractual, su actuación puede implicar consecuencias para una o para varias partes contratantes.

Supongamos por ejemplo que, en el marco de un contrato de transporte, unas mercancías llegan dañadas a su destino. Como el contrato de transporte

implica para el porteador una obligación de resultado<sup>3</sup>, cabría concluir que se ha producido un incumplimiento que debe ser subsanado de alguna forma, lo cual conllevará necesariamente una responsabilidad por dicho incumplimiento que, por lo general, irá acompañada de una responsabilidad por daños. En este estado de cosas resulta evidente que el perjudicado tendrá derecho a reclamar al porteador y a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios que haya podido ocasionarle este incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.

Tal y como se desprende de un análisis somero de una operación de transporte, durante su ejecución las mercancías van a pasar por las manos de distintas personas que, de una manera u otra, estarán obedeciendo órdenes del porteador o, al menos, actuando bajo su supervisión; personas a las cuales parte de la doctrina ha convenido en llamar "colaboradores" y cuyo régimen jurídico varía, como mínimo, según la relación que tengan con el porteador sea laboral o mercantil.

Sin embargo, la figura del auxiliar de cualquier empresario tiene unas características definitorias que determinan quién puede ser incluido en dicha categoría. Así, son tres los requisitos que debe cumplir la persona natural o jurídica, para que se entienda que es auxiliar de un empresario<sup>4</sup>.

En primer lugar, debe existir una obligación específica entre el principal y otra persona, cuyo cumplimiento corre por cuenta del primero, para lo cual va a desarrollar su actividad el auxiliar. Sin embargo, frente a esa relación siempre va a aparecer como un tercero ajeno a ella. Esto quiere decir que en ningún momento el auxiliar se considerará obligado a dicho cumplimiento, pues sólo quien se constituya como deudor lo estará, en este caso el empresario principal.

De esta manera, la participación del auxiliar en la ejecución de la correspondiente actividad será una cuestión interna, sin que afecte al vínculo obligacional preexistente. Resulta por tanto contrario al concepto de auxiliar, e incompatible con él, cualquier negocio jurídico en virtud del cual este tercero pase a ser obligado principal, ya sea a través de una subrogación, de una cesión de contrato o de cualquier otra figura negocial que altere la obligación

3 El contrato de transporte constituye para el porteador una obligación de resultado. La conclusión es clara en la doctrina (v., por todos, Sánchez Andrés, A., "Voz Transporte (Dº. Mercantil)" en Enciclopedia Jurídica Básica. (1993. Madrid. Civitas.) p. 6649) y está asentada también en la jurisprudencia. En España el Tribunal Supremo ha establecido una línea jurisprudencial clara al respecto, al señalar que "por ser el transporte de personas una modalidad del arrendamiento de obra al obligarse el porteador, no a la simple prestación de un servicio sino a la consecución de un resultado" (STS de 31/05/1985). En Colombia la Corte Suprema de Justicia, en el mismo sentido, señala que "Se hace énfasis que, siendo la del transporte una obligación de resultado, se presume que los daños tuvieron como causa los riesgos del transporte, quedando con la posibilidad de demostrar en contrario alguna causal eximente de responsabilidad [...].(STC 225/1988 de 24 de junio).

4 F. Jordano Fraga. "La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento". (Madrid. Editorial Civitas. 1994). pp. 45 y ss.

inicialmente asumida y las partes inicialmente involucradas. En cuanto el tercero asume algún tipo de obligación propia, pasa a responder personalmente conforme las reglas generales<sup>5</sup>.

En segundo lugar, lo normal es que el auxiliar haya sido elegido por el empresario en cuestión. Sin embargo lo que en realidad es necesario es que sea éste quien le haya encomendado la actividad o actividades a desarrollar. Es decir, para que pueda considerarse como auxiliar, la persona debe estar actuando por iniciativa del empresario. Cualquier tercero que lleve a cabo una actividad por cuenta del empresario, pero sin que éste así lo haya decidido o por lo menos le haya dado su consentimiento, no podrá nunca ser calificado como auxiliar, pues faltaría el elemento volitivo a que nos referimos.

Lo que sí puede suceder es que el auxiliar sea elegido por la otra parte contractual, siempre y cuando lo sea con aquiescencia del empresario principal y, con base en ello, sea él quien le encomiende las respectivas actividades a llevar a cabo y, en su caso, lo supervise.

En tercer lugar, un auxiliar se considera tal precisamente porque auxilia o ayuda en una actividad que le corresponde realizar al principal. Es por eso que la actuación de aquel debe circunscribirse a esa actividad concreta. Cuando el sujeto se encuentre llevando a cabo tareas diferentes a las que el objeto social de su principal –o el encargo concreto– le exige, no podrá ser considerado auxiliar de éste.

Llevado al contrato de transporte, el auxiliar del porteador debe entenderse como aquél sujeto a quien el propio porteador encomienda la ejecución de alguna actividad a la que él mismo está obligado en virtud del citado contrato.

No obstante lo antedicho, a los ojos del cargador que firma un contrato de transporte, todas esas personas que pueden ser calificadas como auxiliares son para él "extensiones" del propio porteador, por cuanto han sido incluidos en el negocio jurídico principal por voluntad de este último. No cabe duda de que el porteador tiene derecho a organizar su actividad como mejor le convenga, acudiendo para ello a otros profesionales o sociedades mercantiles. Sin embargo, el ejercicio de este derecho no puede perjudicar al cargador ni al destinatario; es por ello que, ante la existencia de un daño en las mercancías, parece razonable que el porteador deba responder de la misma forma que si él mismo hubiera causado el daño.

En cualquier caso, cuando la intervención de terceros provoca el incumplimiento del contrato por haber dañado éstos las mercancías personalmente, o en su caso haber causado el retraso, se nos plantean efectivamente numerosas incógnitas. En primer lugar, surge la duda de si sería posible exigirle responsabilidad directamente al colaborador o, incluso, entablar la acción contra ambos a la vez; en caso de que alguna de las respuestas sea afirmativa, debería

5 F. Jordano Fraga. "La responsabilidad contractual". (Madrid. 1987. Ed. Cívitas) p. 562.

entonces resolverse la cuestión del tipo de acción que procedería interponer contra cada uno.

Debido a la importancia capital de la participación de estos terceros en la ejecución de los contratos de transporte, especialmente en lo relacionado con la responsabilidad por los daños ocasionados a las mercancías transportadas, el legislador se ha visto obligado a regular la materia de una forma más o menos profunda. Es más, a nivel internacional, los convenios sobre transporte de mercancías se han hecho eco de esta problemática, mostrándose una clara evolución a favor de incluir en los textos una regulación específica sobre la figura del auxiliar de porteador.

A continuación, se trabajará con los distintos Convenios Internacionales sobre transporte marítimo de mercancías, exponiendo el tratamiento que se le concede a los colaboradores o auxiliares del porteador, haciendo especial hincapié en el sistema de responsabilidad aplicable a estos últimos y a cómo sus actos pueden influir en la responsabilidad que el porteador tiene frente a terceros. El análisis obligará a abordar distintas cuestiones, por ejemplo, si el régimen de limitaciones y exenciones establecido en muchas normas para el porteador puede considerarse extensible a terceros intervinientes, si puede hacerse aun en el caso de que el tercero no sea parte del contrato o si influye de alguna manera el tipo de relación jurídica –laboral o mercantil– que exista entre los colaboradores y el porteador, cuestiones a las que tratará de darse respuesta a lo largo de las siguientes páginas.

El trabajo se estructura exponiendo de forma cronológica los distintos convenios internacionales sobre la materia, analizando en cada uno de ellos el tratamiento que se realiza sobre el auxiliar del porteador principalmente desde tres perspectivas: la responsabilidad del porteador por los actos dañosos de sus colaboradores, la responsabilidad personal de los propios colaboradores por dichos actos y la forma en que deben articularse ambas responsabilidades en los casos en que puedan darse de forma simultánea.

## 2. TRATAMIENTO DEL AUXILIAR DEL PORTEADOR EN LOS DISTINTOS CONVENIOS SOBRE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

Actualmente en relación con el transporte marítimo coexisten varios instrumentos internacionales que regulan la materia. Concretamente disponemos de tres convenios: las Reglas de la Haya-Visby<sup>6</sup>,

6 Convenio de Bruselas sobre Unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque, firmado en 1924, modificado por sus protocolos de 1968 y 1979. Aunque algunos Estados no llegaron a ratificar esos protocolos, la versión aplicable en España -al igual que en un gran número de países- es esta última, por lo que será la única objeto de estudio en el presente trabajo

las Reglas de Hamburgo<sup>7</sup> y las Reglas de Rotterdam<sup>8</sup>. Sin embargo, es necesario señalar que las Reglas de Rotterdam aún no han entrado en vigor, por lo que en puridad, aunque efectivamente disponemos de tres instrumentos normativos, sólo dos de ellos pueden resultar aplicables en un caso real. No obstante lo anterior, es necesario analizar individualmente el tratamiento que cada uno de los tres le concede al auxiliar del porteador, aunque sea desde un marco teórico en el último caso, para poder tener una idea clara de lo que esa figura representa en el régimen jurídico del transporte marítimo de mercancías y, sobre todo, para poder observar los cambios que se han llevado a cabo por el legislador internacional con el paso de los años.

## 2.1. LAS REGLAS DE LA HAYA VISBY (EN ADELANTE RHV)

### a) Sobre el concepto de auxiliar en las RHV

Antes de comenzar con el estudio, es necesario realizar una aclaración y es que el Convenio de Bruselas modificado por el protocolo de Visby no está disponible en español en su versión consolidada, por ello es necesario trabajar con la versión inglesa. En el texto original no se utiliza el término genérico "auxiliar" sino que el legislador opta por usar otras dos palabras para calificar a los colaboradores del porteador: "*agent*" y "*servant*". Ningún Convenio incluye una definición de estos conceptos, ni de cualesquiera otros que se utilicen para referirse a los auxiliares del porteador. Ello dificulta en cierta manera la tarea de identificar qué personas de aquellas a las que el porteador recurre para el cumplimiento de sus obligaciones quedan dentro de esa categoría y cuáles no.

Por otro lado, en un Convenio como éste, precursor de los firmados para el transporte internacional de mercancías, no es posible acudir a textos o jurisprudencia anteriores que puedan ayudar a resolver la cuestión. Tan sólo los trabajos preparatorios –cuando es posible acceder a ellos–, pueden acercarnos a la voluntad del legislador internacional.

En cualquier caso, volviendo a las Reglas de la Haya-Visby, a priori tampoco queda claro si ambos conceptos identifican a sujetos intercambiables o si, por el contrario, se trata de dos figuras diferentes con características específicas. Para tratar de dilucidar esta cuestión, es necesario hacer algunas precisiones. Con respecto al primero, a pesar de que la traducción literal parecería ser "agente", puede resultar más clarificador utilizar una traducción alternativa como "apoderado"<sup>9</sup>, ya que "agente" constituye una categoría jurídica con unas

7 Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, firmado en Hamburgo el 31 de marzo de 1978.

8 Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, firmado en 2008 en Nueva York.

9 En el derecho anglosajón el concepto de agent está relacionado con la representación,

características muy concretas en numerosos ordenamientos<sup>10</sup>, lo cual puede llevar a confusión. Por su parte, *servant*<sup>11</sup> puede ser traducido como "empleado", "servidor" o "criado", entendiendo que la primera acepción se ajusta más a las categorías actuales del Derecho en los países de habla hispana.

Poniendo ambos conceptos en común y, además, teniendo en cuenta que el texto en unos artículos se refiere a ambos sujetos, pero en otros sólo a uno de ellos, debe deducirse que se trata de dos individuos o figuras jurídicas distintas. Es decir, para el legislador internacional existen dos tipos de auxiliares o de personas de las que puede servirse el porteador para llevar a cabo la ejecución del transporte: el que tiene una relación de dependencia con él –*servant*– y el que no la tiene, a pesar de que obedece un mandato determinado –*agent*–. No obstante lo anterior, es necesario anticipar que el convenio en su artículo 4.bis 2 RHV da a entender que estos *agents* pueden también ser *independent contractors* en la medida en que su relación con el principal está caracterizada por la independencia, de forma que sólo deba responder ante el principal por el resultado, pero no esté sometido a control ni a órdenes en el desarrollo del mandato<sup>12</sup>.

## b) Responsabilidad derivada de actos del auxiliar del porteador

Una vez aclarado lo anterior, podemos determinar que, disperso por su articulado existe un verdadero sistema de responsabilidad para el auxiliar del porteador, si bien bastante incompleto. La primera mención al *agent* la encontramos en el artículo 3.3, en el que se señala que "*después de haber recibido y hacerse cargo de*

correspondiendo tal categoría a personas con facultades para obligar al principal.

10 En el Ordenamiento Jurídico español la Ley 12/1992 de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia, señala que "Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones". Las labores encomendadas al agente en virtud de esta norma no son las que se entiende que serán llevadas a cabo por un colaborador del porteador, salvo en la parte comercial, la cual ya hemos convenido que debe excluirse a los efectos de este trabajo, pues no forman parte de la ejecución del contrato de transporte sino, más bien, de las actividades precontractuales. De una forma similar regula el Código de Comercio colombiano en su artículo 1317 que "Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente".

11 El concepto *servant* se identifica con aquellas personas que realizan su actividad bajo la supervisión y control de otro, es decir, tienen una relación de dependencia con el principal.

12 La identificación del *independent contractor* adquiere una gran relevancia en relación con la posible responsabilidad del porteador por hecho ajeno, tema que se retomará al estudiar el citado artículo 4. bis 2 de las Reglas de la Haya Visby.

las mercancías el porteador o el capitán o agente del porteador, deberá, a petición del cargador entregar a éste un conocimiento [...]”. Si bien esto no parece relevante para el objeto de este trabajo, a través del citado precepto sí queda patente que, en la práctica será más que probable que quien reciba las mercancías —y por tanto se haga cargo de ellas— sea un tercero ajeno al contrato<sup>13</sup>.

El artículo anterior es relevante puesto que reconoce la participación de terceros en una actividad que en realidad debería desarrollar el porteador, ya que es a él a quien se le encarga la recepción, custodia, traslado y entrega en destino de las mercancías. Debido a este reconocimiento, el propio texto presume que la actuación de aquellos terceros afectará, o podrá afectar, a la ejecución del contrato. Es por eso que la siguiente mención al *agent*, incluyendo esta vez al *servant*, se encuentra en el artículo 4.2. RHV, concretamente en el epígrafe q).

En él se indica que el porteador podrá exonerarse de responsabilidad por cualquier causa adicional a las recogidas en los epígrafes previos del mismo artículo, siempre que no proceda de actos o faltas del porteador o de sus colaboradores —*agents* o *servants*—, aunque la carga de la prueba incumbirá en esos casos a la persona que alegue esta excepción. Se establece así no sólo para las solicitudes de exoneración total, sino también para cuando se pretenda una parcial.

En sentido contrario puede afirmarse que el porteador será responsable cuando, por culpa o negligencia, sus colaboradores causen daño o provoquen la pérdida de las mercancías. El Convenio, por tanto, admite claramente la responsabilidad del porteador por hechos de sus dependientes<sup>14</sup>, ya que entiende que estos completan en cierta manera su persona, que por medio de sus actos realizan una actividad conferida por el principal y en beneficio de éste<sup>15</sup>.

Leído el texto, y entendido lo dicho anteriormente, es obligado preguntarse si esta responsabilidad que se imputa al porteador por hechos de sus auxiliares excluye o impide la imputación del auxiliar que causó materialmente el daño y, por tanto, si es o no posible exigirle a éste directamente el resarcimiento del mismo. A primera vista, teniendo en cuenta el artículo citado, puede parecer que de cualquier daño o pérdida responde exclusivamente el porteador, incluso cuando los daños han sido ocasionados por un colaborador, sin em-

13 No conviene olvidar que el propio Convenio señala que el porteador es el dueño de un buque que firma un contrato de transporte con un cargador, luego cualquier otra persona que intervenga en la ejecución del mismo no puede ser considerada parte contratante según el artículo 1.a de las Reglas de la Haya-Visby.

14 Con respecto a la responsabilidad por hecho ajeno contemplada por las RHV existe una excepción, y es que el porteador responderá por los daños ocasionados por culpa o negligencia de sus auxiliares, siempre y cuando no constituyan falta náutica, puesto que ésta está contemplada expresamente como causa de exoneración ex artículo 7.2.a) RHV.

15 F. Sánchez Calero “Las Reglas de la Haya-Visby transporte marítimo internacional de mercancías. Responsabilidad del porteador” en “El contrato de transporte marítimo de mercancías”. (2010. Ed. Aranzadi Insignis). §4

bargo a lo largo del Convenio se presentan varios preceptos que contradicen esa primera impresión.

Concretamente el artículo 4 bis RHV<sup>16</sup>, en sus epígrafes 2 y 4, responde de forma clara a nuestra pregunta; en él se admite expresamente la posibilidad de que el perjudicado pueda entablar una acción directamente contra un colaborador del porteador, estableciendo en estos dos puntos la forma en que puede, o no, extenderse el sistema establecido para el porteador a sus auxiliares. Así, el epígrafe 2, considera que ante una acción contra el auxiliar, éste podrá acogerse al sistema de responsabilidad que el propio porteador pudiera invocar para sí. Sin embargo, sólo podrá hacerlo cuando no se trate de un contratista independiente –*independent contractor*–.

Cabe en este punto aclarar que la parte del Convenio cuya aplicación puede extenderse a los auxiliares es exclusivamente aquella referida a las causas de exoneración y a los límites de las indemnizaciones. Por ello, la acción entablada contra el colaborador deberá sustanciarse con base en la correspondiente norma nacional. Pero es que, además, dicha acción deberá basarse en la responsabilidad civil o extracontractual, con independencia de quién sea el perjudicado, puesto que se trata de demandar a un tercero que, como se ha dicho, resulta ajeno al contrato de transporte. En el caso español, debería acudirse a lo establecido en el artículo 1.902 C.C. –el 2341 C.C. en Colombia– y, para prosperar, el demandante debería atenerse a su régimen propio<sup>17</sup>.

Parte de la doctrina<sup>18</sup> entiende que en este tipo de casos el perjudicado debe entablar la acción con arreglo a la norma nacional, donde la carga de la prueba corre completamente de su cuenta en lo que respecta a la existencia del daño, la identificación de una acción u omisión culposa y la relación de causalidad entre ambos. Una vez admitida la acción, y acreditados los extremos señalados, entraría en juego la aplicación del Convenio y lo haría en toda su extensión, incluyendo no sólo el régimen de responsabilidad sino también el resto de previsiones tales como la obligación de avisar del daño antes de demandar, el plazo de prescripción de las acciones y, por supuesto, el específico *dies a quo* establecido en el Convenio (art. 3.6 RHV).

16 El artículo 4 bis de RHV constituye una novedad importante con respecto a las versiones anteriores del mismo tratado, ya que en él se incluye por primera vez en materia de transporte marítimo una regulación específica sobre los auxiliares del porteador.

17 El régimen común de responsabilidad extracontractual regulado en el artículo 1.902 C.C. exige que el demandante acredite tres extremos: la comisión de una acción u omisión negligente, la existencia de un daño y la relación de causalidad entre ambas. El artículo 1968 C.C., por su parte, establece el plazo de un año para la prescripción de la acción extracontractual, por lo que cualquier reclamación contra un auxiliar presentada fuera de ese plazo, deberá ser inadmitida.

18 F. J. Arias Varona. "Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario". (Granada, 2006. Editorial Comares). p. 87.

Sin embargo, ya que el Convenio establece que la extensión del régimen del porteador será potestativa por parte del auxiliar, no parece muy ajustado a Derecho que aquel que perjudica a otro tenga la prerrogativa de elegir cuáles son los plazos para que la acción contra él se considere prescrita o cuáles son los requisitos previos que deben cumplirse para entender que se ha producido su caducidad. Cosa distinta es permitirle elegir una norma más benévola en lo que al cálculo de la indemnización se refiere. Esta opción, además, parece respetar el objetivo principal del Convenio de blindar al porteador para quien, a la postre, su preocupación fundamental será que la indemnización a abonar no resulte mayor que la que le correspondería en caso de responsabilidad propia.

Pero es que, asimismo, si se atiende a los textos originales esta última tesis parece estar refrendada. La versión inglesa señala que sólo las *defences* y los *limits of liability* resultan extensibles a aquellos auxiliares contra los que se interponga una acción de responsabilidad. Por su parte la versión francesa señala que serán las *exonérations et des limitations de responsabilité* las aplicables a este tipo de reclamaciones. Por eso, podría entenderse que los preceptos del Convenio que puede invocar el auxiliar inmerso en una acción extracontractual, son únicamente aquellos que determinan y limitan la responsabilidad.

Por otro lado, es necesario detenerse en el hecho de que el Convenio excluye expresamente a los contratistas independientes de su ámbito de aplicación. Entendiendo que asumen sus propios riesgos y que no se someten a ningún control por parte del principal, el legislador internacional considera que cualquier tipo de responsabilidad en que puedan incurrir debe tratarse de acuerdo al régimen común. Sin embargo, esta exclusión puede originar un riesgo importante para los objetivos del Convenio.

Tal y como se dijo, aunque la principal razón de ser de este tipo de normas es imponer un sistema de responsabilidad imperativo al porteador, no puede obviarse el hecho de que a él también se le brinda cierta protección, al permitir que se establezcan límites temporales, materiales y económicos a su responsabilidad. A esta causa contribuye el hecho de que se extienda a sus colaboradores el régimen que les es propio -o parte- puesto que de esta manera ningún perjudicado puede recibir una indemnización superior, aun cuando demande por vía extracontractual, bien contra el propio auxiliar, bien contra el transportista<sup>19</sup>.

Sin embargo, al dejar fuera de esta previsión a los colaboradores independientes, se abre la puerta a una posible elusión del sistema. Si bien será el contratista independiente quien deba asumir el coste de los daños de forma ilimitada, no es extraño que en la realidad del comercio, bien sea por pactos

19 Las RHV contemplan en su artículo 4 bis 1 que el porteador podrá reclamar para sí la aplicación de las exoneraciones así como de los límites, siempre que se le reclame responsabilidad por daños ocasionados en el transporte, con independencia de que la misma se exija por medio de una acción contractual o de una extracontractual.

convencionales bien por motivos comerciales, el porteador sea quien haga frente a las indemnizaciones satisfechas por sus colaboradores. Por esta razón, el excluir a los colaboradores independientes pone en riesgo esa protección al porteador.

Por último, el epígrafe 4 del artículo 4 bis RHV regula una excepción al sistema general del Convenio. Señala que el auxiliar que resulte responsable no podrá prevalerse de las prerrogativas señaladas, cuando el acto sea llevado a cabo con intención de dañar o de forma negligente con conocimiento de que probablemente el daño acabaría ocurriendo.

Como puede apreciarse, este precepto implica una gran dificultad a la hora de aplicarlo en un escenario real puesto que se apoya en una serie de conceptos indeterminados y de carácter muy subjetivo. Con esta construcción el legislador busca huir de categorías preconcebidas como el dolo<sup>20</sup>, pero además intenta que bajo su ámbito de aplicación quepa un abanico de supuestos más amplio. De esta forma se sancionan el comportamiento dañoso intencionado y la total falta de diligencia, con la pérdida de derechos o prerrogativas. Sin embargo, con la actual formulación del precepto y teniendo en cuenta que la carga de la prueba recae sobre quien alega esos extremos, puede ser difícil que resulte exitosa una demanda que pretenda la responsabilidad ilimitada del auxiliar con base en aquel<sup>21</sup>, aunque lo cierto es que para efectuar un juicio de valor al respecto sería necesario un estudio de la casuística judicial que excede del objeto del presente trabajo.

En definitiva, del análisis de este primer convenio puede desprenderse que, aunque se trata de una regulación exigua, las RHV suponen un avance con respecto a la normativa precedente en el sentido de que el legislador internacional por primera vez incluye al auxiliar del porteador en el texto, promoviendo así una mayor uniformidad en la aplicación del tratado.

Como se ha visto, no sólo se reconoce la posibilidad de aplicar el Convenio a las reclamaciones extracontractuales contra el porteador por los hechos de sus colaboradores, sino que además algunas de las previsiones de la norma internacional resultan de aplicación a las reclamaciones directas contra los propios auxiliares. El principal vacío que se observa en el Convenio de la Haya tras el protocolo de Visby, es la falta de inclusión de los auxiliares in-

20 La construcción del 4.bis 4 RHV se basa en el Protocolo de la Haya de 1955 que modificaba el texto original del Convenio de Varsovia sobre transporte aéreo de mercancías. En origen, el CV impedía al porteador ampararse en el sistema especial cuando su actuación constituyera dolo o un acto que, según la ley nacional correspondiente, resultara equivalente. Sin embargo, el protocolo citado lo modificó estableciendo el texto que después fue adoptado por las RHV para evitar utilizar conceptos demasiado influidos por los respectivos ordenamientos nacionales.

21 F. J. Arias Varona. "Manipulación portuaria..." pp. 91 y ss.

dependientes en el sistema, cuestión que se abordó de forma expresa en los convenios posteriores.

## 2.2. LAS REGLAS DE HAMBURGO (EN ADELANTE RH)

### a) Introducción

Las Reglas de Hamburgo suponen un avance legislativo respecto de las Reglas de la Haya Visby en muchos sentidos <sup>22</sup>, incluyendo la regulación sobre el régimen al que se someten los auxiliares del porteador. Como regla general, este Convenio trata de universalizar la normativa aplicable al contrato de transporte marítimo y, por eso, busca incluir bajo su ámbito de aplicación a cualesquiera intervinientes que participen en su ejecución, aunque no puedan ser catalogadas como parte contractual. Sin embargo, cuando se refiere a los auxiliares, lo hace utilizando los términos "empleado" y "agente" debiendo entenderlos en el sentido ya expuesto al estudiar las Reglas de La Haya Visby, es decir, como auxiliares dependientes en mayor o menor medida. No obstante lo anterior, debido a su carácter inclusivo, el convenio extiende su ámbito de aplicación a los colaboradores independientes a través de la figura del porteador efectivo, cuyo estudio se realizará en el epígrafe correspondiente.

Sentado lo anterior, la primera mención a los auxiliares la encontramos en el artículo 4.3 RH, es decir, el relativo al periodo de responsabilidad del porteador. Ese periodo se extiende desde el momento en que las mercancías se encuentran bajo su custodia, hasta el momento en que son entregadas en el puerto de descarga, en virtud del artículo 4.1 RH. El artículo define qué significa "estar en bajo la custodia del porteador" en su epígrafe segundo, describiendo las diversas situaciones en que debe entenderse que comienza y termina su responsabilidad <sup>23</sup> y, en el tercero, señala que *"En los párrafos 1 y 2 de este artículo, los términos "porteador" o "consignatario" designan también a los empleados o agentes del porteador o del consignatario, respectivamente"*. En relación con el porteador, lo que este epígrafe aclara es que su responsabilidad se extiende no sólo al periodo durante el cual la mercancía se encuentra bajo su propia custodia, de acuerdo con el artículo 4.1. RH, sino también cuando lo esté bajo la de sus auxiliares.

22 F. Sánchez Calero "Reglas de Hamburgo contrato de transporte marítimo internacional de mercancías" en "El contrato de transporte marítimo de mercancías". (2010. Ed. Aranzadi Insignis). §1

23 Concretamente, señala este segundo epígrafe del artículo 4 RH que el periodo de responsabilidad empezará desde el momento en que el porteador recibe las mercancías –bien sea del cargador o de persona en su nombre, bien sea de autoridad pública que deba disponer de ellas antes de ser embarcadas–, y que finaliza al ponerlas a disposición del consignatario, de autoridad pública competente o bien, cuando el consignatario se negara a recibirlas, en depósito de acuerdo con las normas mercantiles del puerto de descarga.

En este punto es importante hacer una matización. Para que resulte de aplicación, es decir, para que sea posible imputar responsabilidad al porteador por un daño ocasionado durante el periodo en que las mercancías se encontraban bajo custodia del auxiliar, es necesario que esa custodia haya sido encargada por el porteador y que, además, el daño ocurra antes de que el periodo de responsabilidad del porteador finalice.

Esto es así porque, como se explicó en la introducción, para que un tercero pueda ser considerado como auxiliar del porteador tiene que cumplir unos requisitos entre los que se encuentra el estar desarrollando una actividad por encargo de éste.

Lo anterior podría darse, por ejemplo, si una vez que el porteador entrega las mercancías al destinatario y queda por ello liberado de sus obligaciones, el destinatario no pudiera hacerse cargo de las mismas y solicitara a uno de los auxiliares del porteador que las custodiara temporalmente. En esta situación no podría hablarse de un auxiliar del porteador –pues ni actúa bajo sus órdenes, ni ejecuta parte del contrato de transporte–, sino de un depositario que actúa como contratante en nombre y por cuenta propios. Por tanto, en dicho supuesto la responsabilidad por un eventual daño sólo podría imputarse al propio “auxiliar”.

## **b) Responsabilidad del porteador por hecho ajeno.**

La segunda mención se incluye en el artículo 5 RH, que imputa responsabilidad al porteador por los daños, la pérdida o el retraso en la entrega de la mercancía, salvo en los casos en que pueda probar que tanto él como sus auxiliares actuaron con extrema diligencia a la hora de evitar tanto el hecho en sí mismo como sus efectos. Con base en este precepto puede determinarse que el Convenio contempla expresamente la responsabilidad del transportista por hechos de terceros. Así, mantiene la línea establecida por las RHV, aunque con algunas diferencias importantes.

En ambos convenios se establece un sistema de responsabilidad por hecho ajeno de carácter subjetivo con inversión de la carga de la prueba. En las RHV si el porteador pretendía exonerarse de responsabilidad debía acreditar que el daño no había provocado por ningún acto u omisión negligente del auxiliar. Sin embargo, en las RH lo que debe acreditar es que él o sus auxiliares “adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias”.

La diferencia es importante. En las RHV lo relevante a la hora de imputar la responsabilidad era la causa del daño. El acto que daba lugar al perjuicio en las mercancías. En su lugar, las RH ponen la atención sobre el comportamiento de los involucrados antes y después de ocurrido ese hecho, puesto que como regla general se presume que el daño proviene de ellos<sup>24</sup>. Así, lo que el legis-

24 F. Sánchez Calero “Reglas de Hamburgo contrato de transporte marítimo internacional

lador castiga es la pasividad no sólo en la prevención del hecho dañoso en sí mismo, sino también en el control de sus consecuencias nocivas. Por ello, con base en las RH puede imputarse responsabilidad al porteador cuando el daño se haya producido por causas externas pero tanto él como sus auxiliares se hayan mantenido pasivos ante el control de los posibles daños.

De hecho se establece expresamente para el caso de incendio, clásica causa de exoneración de responsabilidad cuando se producía por causas externas. Así, el artículo 5.4 regula la responsabilidad del porteador cuando las mercancías resultan dañadas, estableciendo que responderá cuando el incendio haya sido provocado por culpa o negligencia de sus auxiliares (epígrafe i) o cuando, aun siendo provocado por causas distintas, exista culpa o negligencia de los auxiliares al adoptar las medidas razonablemente exigibles para apagar el fuego o para mitigar sus consecuencias. Sin embargo es importante hacer notar que, en este caso, la inversión de la carga de prueba que caracteriza al sistema de las RH no opera, por lo que la culpa o negligencia deberá ser acreditada por quien la alega <sup>25</sup>.

Como puede apreciarse, las RH emplean un sistema muy severo de responsabilidad, tanto personal como por hecho ajeno, y la sustenta sobre un sistema basado en la presunción de la culpa que lo acerca mucho a un sistema objetivo, lo cual en su momento supuso un avance de gran envergadura <sup>26</sup>. Sin embargo no puede dejar de notarse que, de nuevo, encontramos conceptos indeterminados cuyo contenido deberá ser interpretado por los jueces nacionales. La racionalidad de las medidas a adoptar y el nivel de diligencia exigible a los auxiliares del porteador en un caso concreto pueden variar no sólo entre Estados sino de un Juzgado a otro. De hecho el precepto no ha estado exento de dificultades a la hora de interpretarlo, hasta el punto de surgir dos corrientes distintas <sup>27</sup>. La primera se inclina a señalar que el porteador debe únicamente probar que sus auxiliares actuaron con diligencia de forma genérica, cumpliendo con todas las medidas exigibles a un porteador promedio; la segunda, en cambio, aboga por la necesidad de que el porteador pruebe, no sólo la causa concreta del daño, sino también todos los aspectos de la conducta propia y de sus colaboradores para así poder medir la verdadera diligencia o negligencia de sus colaboradores.

de mercancías" en "El contrato de ..." §14

25 *Íbid.*

26 *Íbid.* §12

27 J. L. Gabaldón García. "Curso de Derecho Marítimo Internacional" (Madrid. 2012. Ed. Marcial Pons). p. 472.

### c) Responsabilidad directa del auxiliar por sus propios actos.

Pero, al igual que ocurría en las RHV, el nuevo Convenio contempla la posibilidad de que el auxiliar resulte responsable directo y que contra él se estable una acción de responsabilidad extracontractual. Así, el artículo 7.2 RH establece que cuando ocurra de esa manera, el auxiliar podrá invocar para sí los límites y exoneraciones aplicables al porteador, cuando pueda acreditar que se encontraba en el ejercicio de sus funciones. De nuevo puede apreciarse la continuación de una línea que comienza con la normativa previa pero que encuentra en las RH ciertas modificaciones. Para la parte común, en aras de evitar repeticiones innecesarias, me remito a lo expuesto en torno al artículo 4 bis 2 de las RHV. Sin embargo es preciso detenerse en que en este nuevo Convenio se exige al auxiliar un requisito adicional: probar que se encontraba en el ejercicio de sus funciones.

El concepto de ejercicio de sus funciones está íntimamente relacionado con la responsabilidad por hecho ajeno y su definición no ha estado exenta de discusión. De hecho, no existe un criterio exacto que permita identificar cuándo el auxiliar se encuentra cumpliendo este requisito<sup>28</sup>. Varias son las teorías que se han barajado como criterios de interpretación. Así, por ejemplo, se ha intentado vincular el ejercicio de las funciones del auxiliar con el hecho de encontrarse dentro del horario laboral y en el centro de trabajo. También se ha acudido al criterio de la desobediencia, señalando sus partidarios que cuando el auxiliar desobedece voluntaria y conscientemente una orden, se encuentra fuera del ejercicio de sus funciones.

No obstante lo anterior, cada criterio por separado no es capaz de proporcionar una respuesta satisfactoria que pueda aplicarse a la generalidad de los casos. Por ello un sector doctrinal apoya la utilización de varios criterios, incluyendo el de la utilidad para el principal. De esta manera, si el auxiliar se encontraba desarrollando una actividad en provecho de aquel, podría presumirse que se encontraba en el ejercicio de sus funciones<sup>29</sup>. En cualquier caso, para alcanzar un convencimiento más o menos profundo de cuál era la situación del auxiliar en el momento en que causó el daño, será necesario atender a los hechos concretos, estudiando los diferentes indicios que apunten en una u otra dirección y, en su caso, aplicando uno o varios de los criterios objetivos señalados.

Por último, en las RH se incluye la misma excepción que ya se estudió con respecto a las RHV. Así, el artículo 8.2 RH establece que el auxiliar no podrá acogerse a las limitaciones cuantitativas del artículo 6 RH, cuando el daño fuera

28 M. Yzquierdo Tolsada. "Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual". (2001. Ed. Dykinson) pp. 271 y ss.

29 Íbid.

causado por aquel de forma intencionada o temerariamente con conocimiento de que probablemente ocurriría.

Nuevamente el legislador internacional condena la conducta temeraria, imponiéndole una importante sanción que se traduce en la responsabilidad ilimitada del auxiliar, debiendo por tanto responder por todos los daños causados.

Hasta aquí se aprecian las importantes similitudes de las RH con la legislación precedente. En ambos convenios se establecen dos tipos de responsabilidad por daños: la del porteador por los actos de aquellos auxiliares que dependen de él en alguna medida y la responsabilidad personal de estos últimos. Sin embargo, las RH incorporan una novedad importante y es que su regulación incluye la posibilidad de imputar responsabilidad a un tercer sujeto cuyo estudio se expone a continuación.

#### d) La figura del porteador efectivo y su régimen específico.

Como se había adelantado, el artículo 1 RH tras definir qué debe entenderse por porteador a los efectos del convenio, se refiere al denominado porteador efectivo expresando que por él *“se entiende toda persona a quien el porteador ha encomendado la ejecución del transporte de las mercancías, o de una parte del transporte, así como cualquier otra persona a quien se ha encomendado esa ejecución”*.

Es decir, el porteador efectivo es quien realiza materialmente el transporte, con todo lo que ello conlleva, pero que no puede ser considerado porteador puesto que para ello debería haber sido parte en el contrato, tal y como exige el mismo artículo. Puede decirse que se trata de un auxiliar del porteador, pues en él delega total o parcialmente la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato de transporte, pero que no puede ser calificado como empleado o agente por tratarse de un colaborador en cierta manera independiente.

Parte de la doctrina entiende que esta definición de porteador efectivo, por ser poco precisa, implica una gran dificultad a la hora de identificar los sujetos que efectivamente quedan dentro de ella; esto unido a que las jurisdicciones nacionales realizan interpretaciones no uniformes, conlleva que podría ser conveniente incluir en los convenios una adecuada formulación de esta figura<sup>30</sup>.

No obstante lo anterior, esta inclusión supone un avance legislativo de gran utilidad debido a que en la mayor parte de ocasiones no es el porteador mismo quien efectúa todas y cada una de las actuaciones necesarias para llevar a buen término el transporte<sup>31</sup>. Es más, el porteador podría no ser siquiera transpor-

30 J.L. Pulido Begines. “Elementos personales del contrato de transporte total o parcialmente marítimo de mercancías: porteador, cargador, parte ejecutante y destinatario” en ILLESCAS ORTIZ/ALBA FERNÁNDEZ (dirs.), *Las reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*. (Madrid, 2012, Ed. Civitas-Universidad Carlos III) p. 72

31 *Ibidem*. p. 60.

tista, sino que encargara a un tercero el traslado y la custodia materiales de las mercancías del puerto de origen al puerto de destino.

Debido a la importancia de esta figura, el legislador desarrolla a lo largo del convenio todo un sistema que le resultará de aplicación en caso de que exista daño, pérdida o retraso imputable a su persona o sus auxiliares.

La citada regulación tiene un aspecto dual. En primer lugar, como decíamos, al porteador efectivo se le considera como un auxiliar del porteador; así, en los casos en que el daño se produzca durante el periodo que el porteador efectivo se hizo cargo de la mercancía, el porteador contractual será responsable en los mismos términos que si se tratara de un colaborador dependiente, e incluso responderá en caso de que el daño haya sido causado por los auxiliares del porteador efectivo. Así lo establece expresamente el artículo 10.1 RH. Es decir, las Reglas de Hamburgo extienden la responsabilidad del transportista por hecho ajeno a los actos realizados por aquellos auxiliares independientes que puedan ser denominados porteadores efectivos. Además, el mismo artículo señala que esta responsabilidad será imputable con independencia de si la cesión fue autorizada o no en el contrato. El inciso es especialmente importante para el perjudicado pues, aunque haya asumido que el transporte va a realizarlo materialmente un tercero, a la hora de entablar una demanda podrá considerar como legitimado pasivo al porteador con el que contrató, sin verse obligado a perseguir a un tercero con el que no tiene ningún vínculo.

La segunda vertiente de esa regulación dual es la que considera al porteador efectivo como si se tratara de un verdadero porteador. Así, el artículo 10.2 RH señala que todo el régimen de responsabilidad incluido en el Convenio será de aplicación para el porteador efectivo, cuando los daños se originen durante el transporte efectuado por él, haciéndolo extensivo asimismo a sus propios auxiliares.

En este caso parece que no cabe duda sobre qué preceptos resultan extensibles al porteador efectivo puesto que el Convenio utiliza una expresión muy clara que no deja lugar a la interpretación: "Todas las disposiciones del presente Convenio por las que se rige la responsabilidad del porteador se aplicarán también a la responsabilidad del porteador efectivo respecto del transporte que éste haya ejecutado" (Art. 10.2 RH). Sin embargo, cuando el daño haya sido provocado por un auxiliar dependiente de aquel, la situación difiere, ya que a éste sólo se le aplicarán unas disposiciones específicas.

Concretamente, cuando un auxiliar del porteador efectivo resulte responsable podrá acogerse únicamente a las exoneraciones y límites que resulten de aplicación al porteador, siempre que demuestre que se encontraba actuando en el ejercicio de sus funciones. Es decir, el auxiliar del porteador efectivo recibe exactamente el mismo tratamiento que el auxiliar del porteador contractual. El hecho de que el legislador utilizara esas concretas expresiones parece validar la teoría de que a los auxiliares, sean del porteador o del porteador efectivo,

sólo les es de aplicación la parte del sistema que determina la responsabilidad y que la limita cuantitativamente.

El sistema comentado supone que prácticamente cualquier tercero involucrado en el transporte quedará siempre amparado bajo el ámbito de aplicación del Convenio, mientras se cumplan los requisitos en él contenidos; de esta forma se cierra el círculo en torno a la seguridad jurídica. Esto es así porque, de acuerdo con el artículo 1.2 RH, cualquier persona que lleve a cabo el transporte podrá ser considerado porteador efectivo sin que se establezca limitación alguna sobre el número de ellos que puede participar en la ejecución del contrato, sin que influya tampoco en su calificación ni la relación con el porteador –sea ésta laboral o mercantil–, ni si el cargador conocía de antemano el hecho de la cesión.

Esta cuestión quedaba sin regular en las Reglas de la Haya Visby, por lo que la responsabilidad por cualquier eventualidad que acaeciera durante el transporte era más difícil de imputar a los sujetos intervinientes no dependientes del porteador. Es más, tal y como se indicó, los contratistas independientes -ex artículo 4 bis 2 RHV- no podían acogerse al sistema de responsabilidad creado por el Convenio, incluyendo obviamente las limitaciones y causas de exoneración.

Y es que, como se dijo, el concepto de porteador de las RHV es muy restringido –debe tratarse de un contratante que sea propietario o fletador del buque–, por lo que implica también una gran restricción a la hora de poder calificar a un sujeto como auxiliar de aquel<sup>32</sup>. Debido a ello el objetivo de uniformidad en la resolución de los conflictos se pierde ya que no es posible aplicar el convenio a una gran diversidad de situaciones de daño de la mercancía, por no haber sido causado por un sujeto calificable bien como porteador, bien como su auxiliar. Por ello, para ser resueltas exigirían alguna norma nacional que eventualmente proporcionaría soluciones muy distintas a las que propone el Convenio para aquellos que sí entiende como auxiliares. Esto supone generalmente empeorar de alguna forma la situación del perjudicado, puesto que debe entablar acción de responsabilidad extracontractual acudiendo a sistemas subjetivos. Éstos le exigirán una carga de la prueba más onerosa, además de tener que acudir a foros como el del domicilio del demandado, del que ni siquiera conoce información por no haber sido elegido por él; asimismo la elusión del Convenio como norma aplicable podría conllevar perjuicios para el demandado, puesto que no podría acogerse a las causas de exoneración en él establecidas ni, por supuesto, a los límites cuantitativos respecto de la eventual indemnización que le correspondiera abonar lo cual, según el país donde sea condenado, puede llegar a suponer grandes perjuicios para su negocio. Por último, también el porteador contractual podría resultar perjudicado, al verse

32 Artículo 1.a) RHV

obligado a responder por una indemnización superior en caso de repetición contra él o en virtud de acuerdos comerciales con el porteador efectivo.

Pero es que, además, este tipo de convenios se realizan para dotar de un régimen particular al transportista, es decir, al que realiza el transporte. Sin embargo, con las RHV aquellos que materialmente efectuaban el transporte, los transportistas en sentido estricto, quedaban excluidos de la regulación que les era propia, simplemente por no haber sido parte contratante.

Por esto, la inclusión de esta figura en el mismo texto normativo que el porteador contractual, dota de seguridad jurídica al sistema de forma que todas las partes involucradas conocen de antemano las "reglas del juego" aplicables a cualquier posible eventualidad que pueda surgir durante la ejecución del transporte.

Con respecto al tipo de acción que debería entablarse contra él, lo cierto es que ha sido un asunto discutido en la doctrina. La solución más evidente sería la de que concluir que la acción debe ser extracontractual, puesto que ningún vínculo une al porteador efectivo con el cargador y mucho menos con el destinatario<sup>33</sup>. Sin embargo, también se ha propuesto la posibilidad de que la acción deba fundarse en la responsabilidad contractual, con base en que podría tratarse de un contrato a favor de tercero<sup>34</sup>.

Sin embargo, no parece tan claro que la relación del porteador efectivo con alguno de los eventuales perjudicados por daños en las mercancías –cargador, destinatario o tercero receptor del conocimiento de embarque–, pueda ser calificada como contractual, porque en puridad no existe tal vínculo jurídico entre ellos. Es más, tanto el porteador efectivo, como cualquier otro auxiliar involucrado en el transporte, son responsables extracontractualmente frente al perjudicado, incluso el porteador lo es cuando el reclamante no es el cargador, única persona con quien realmente le une jurídicamente el contrato. Entiendo que tratar de extender la responsabilidad contractual a un tercero puede ser loable desde el punto de vista de la justicia material, quizá también por otros motivos, pero podría ser discutible desde un punto de vista estrictamente técnico.

33 A. Empanza Sobejano. "La delimitación del porteador en el transporte: el porteador contractual y el porteador efectivo" en VII Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián (2000) "Predicar la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del porteador efectivo es la propuesta más simple y efectiva en orden a proporcionar a los usuarios de los transportes un instrumento jurídico especialmente apto para fundamentar sus reclamaciones contra el sujeto causante de los daños en las mercancías transportadas"

34 Para Empanza Sobejano lo acertado es "[...]considerar que el compromiso contractual del porteador efectivo proviene de que el contrato celebrado entre él y el porteador contractual es un contrato con eficacia protectora a favor de tercero, esto es, a favor del destinatario, en la medida en que se extiende a éste el régimen contractual previsto en el contrato que suscribieron, a pesar de que no participó en él y de que las partes no lo tuvieron en cuenta a la hora de su celebración". *Ibidem*.

De hecho, la principal razón por la que se defiende aquella teoría es para conseguir que el sistema de responsabilidad creado para el porteador contractual sea extensible a la persona que ejecuta materialmente el transporte. De esta manera en primer lugar se beneficia al porteador efectivo, permitiéndole acogerse a una serie de causas de exoneración y, sobre todo, a unas limitaciones cuantitativas en relación con las posibles indemnizaciones de las que deba responder. Pero, tal vez más importante, se impide que el porteador contractual tenga que responder por cantidades mayores a las establecidas en el Convenio, en caso de que el porteador efectivo sea condenado a indemnizar por una cuantía superior e intente repetir contra aquél.

Sin embargo, es precisamente para cumplir con dichos objetivos para lo que los convenios han venido incluyendo en su articulado previsiones sobre la aplicabilidad del sistema tanto al porteador como a aquellos terceros incluidos en él, auxiliares de distinto tipo, con independencia de que la reclamación se funde en responsabilidad contractual o extracontractual.

Por esta razón tal vez no sea necesario forzar, por medio de la interpretación, la obligatoriedad de demandar por vía contractual al porteador efectivo ya que, por un lado, el sistema del convenio es perfectamente aplicable a su actuación con independencia del tipo de acción que se entable, siempre que no exista acto dañoso voluntario o culpa grave por su parte. De esta forma, la responsabilidad del porteador queda siempre blindada, con independencia de que la acción se dirija contra él directamente o se vea obligado a responder por la vía de repetición.

No obstante lo anterior, puede que el problema principal radique en si existe la posibilidad de entablar acción directamente contra el porteador efectivo, con base en lo establecido en el convenio. En este punto se plantea un conflicto puesto que, al menos en principio, sólo en el caso de que la responsabilidad sea contractual podría entablarse una acción utilizando como base únicamente el texto internacional. En caso de que se tratara de responsabilidad extracontractual, la acción en principio debería apoyarse en las normas nacionales respectivas.

La diferencia es relevante en relación con diversos aspectos. Así, la carga probatoria que debe asumir un demandante no es la misma, resultando mucho más onerosa en el caso de responsabilidad extracontractual. Asimismo, otras cuestiones como plazos de prescripción o la necesidad de avisar del daño previamente a reclamar, son asuntos que difieren en función de la normativa aplicable.

Debido a que el porteador contractual no es parte contratante en el transporte, la primera impresión sería que la naturaleza de la acción debería ser extracontractual; sin embargo del tenor literal del convenio parece desprenderse que efectivamente existe una acción directa contra el porteador efectivo, al contrario de lo que ocurriría con los auxiliares. Esta idea se sustentaría en el distinto tratamiento que el convenio provee al primero y a los segundos. En

efecto, el artículo 10.2 RH señala que al porteador efectivo le serán de aplicación "Todas las disposiciones del presente convenio por las que se rige la responsabilidad del porteador [...]", lo cual parece convertir todo el sistema en imperativo también para las reclamaciones contra este tipo de interviniente. Sin embargo, con respecto a los auxiliares, el convenio únicamente ofrece la posibilidad de que sean de aplicación "las exoneraciones y límites de responsabilidad que el porteador pueda invocar en virtud del presente Convenio" (art. 7.2 RH).

De asumirse como cierto lo anterior, aún entablando contra el porteador efectivo una acción de carácter extracontractual, el sistema especial del convenio desplazaría al general del derecho civil, resultando por tanto una acción directa contra el porteador efectivo, en los mismos términos y con los mismos requisitos que se exigen para las reclamaciones contra el porteador contractual<sup>35</sup>.

En caso de entender que no existe tal acción directa, nos encontraríamos ante un caso similar al de cualquier otro auxiliar, contra el que debería entablarse acción extracontractual con base en la respectiva norma nacional, resultando de aplicación, en su caso, las limitaciones y causas de exoneración del convenio.

### 2.3. LAS REGLAS DE ROTTERDAM (EN ADELANTE RR)

#### a) Acercamiento al concepto de auxiliar utilizado en las RR

Una de las principales novedades que se incluyen en las Reglas de Rotterdam es el tratamiento que se hace de los terceros intervinientes en el transporte. Es necesario precisar que, aunque aquí hablamos como norma general de auxiliares, el Convenio curiosamente no utiliza la denominación "auxiliar" para los colaboradores del porteador pero, sin embargo, sí lo hace al hablar de los del cargador<sup>36</sup>.

Para el caso del porteador, en una clara evolución de lo que se inició con las Reglas de Hamburgo, se establece una suerte de clasificación entre sus colaboradores. Así, como se verá, encontramos a lo largo de su articulado referencias a distintos tipos de colaboradores, destacando dos categorías más

35 F.M.J. Arias Varona. "Manipulación portuaria ..." p.103

36 Así, el convenio utiliza la palabra "auxiliar" en dos artículos referidos al cargador. El primero es el 4.2, referido a la aplicación del sistema en él establecido a cualquier acción "que se inicie contra el cargador, el cargador documentario o sus subcontratistas, empleados, representantes o auxiliares". El segundo es el artículo 34 que se encarga de regular la responsabilidad del cargador por actos ajenos, señalando que responderá por los "actos u omisiones de cualquier persona, incluidos los subcontratistas, empleados, representantes y auxiliares, a quien haya encomendado el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones".

o menos diferenciadas denominados "parte ejecutante" (art. 1.6 RR) y "parte ejecutante marítima" (art. 1.7 RR)

Con respecto a la primera, señala el artículo 1.6. que se tratará de cualquier persona, distinta del porteador, que ejecute o se comprometa a ejecutar las obligaciones atribuidas a éste, siempre que lo hagan a su instancia, bajo su supervisión o su control. La definición se completa indicando que nunca podrá ser considerada como tal ninguna persona que sea contratada por el cargador o por el destinatario. Queda así aclarado que, aun cuando existan otras personas realizando tareas de ejecución del contrato de transporte, sólo aquellas elegidas por el porteador –sus auxiliares– serán calificadas como parte ejecutante y, por tanto, les será de aplicación lo establecido en el Convenio para ellas.

Es decir, "parte ejecutante" será, en realidad, cualquier persona –natural o jurídica– que, actuando por solicitud del porteador, realice alguna de las obligaciones que éste haya asumido al comprometerse en un contrato de transporte con un cargador. Pero también forma parte de esta definición cualquier persona que, aunque no realice de hecho ninguna tarea, se comprometa a cumplir con alguna de las obligaciones del contrato. Es decir, parte ejecutante puede ser un contratista que a su vez subcontrata para que sea un tercero -o un cuarto- quien lleve a cabo materialmente el transporte total o parcialmente.

Esta categoría parece incluir, por tanto, todo colaborador del porteador, salvo aquellos que puedan ser, de acuerdo con el propio Convenio, calificados como "parte ejecutante marítima". La diferencia entre ambas partes ejecutantes es que esta última será la que ejecute o se comprometa a ejecutar cualquiera de las obligaciones del porteador en el periodo que media desde la llegada de las mercancías al puerto de carga, hasta la salida del puerto de descarga.

Como puede observarse, esta segunda categoría es una subdivisión de la primera, de forma que estará conformada por toda persona que se comprometa a cumplir por cuenta del porteador cualquiera de las obligaciones por él adquiridas en el marco de un contrato de transporte, siempre y cuando su actividad se limite al espacio físico comprendido dentro de la denominada "zona portuaria"<sup>37</sup>. Dentro de esta clasificación dual, aunque manteniendo al-

37 Aunque parece sencillo determinar quién debe ser denominada "parte ejecutante marítima" lo cierto es que pueden existir casos límite en los que se dificulte su calificación como tal. Esto es así porque la definición de puerto y zona portuaria no se incluye en el Convenio, por lo que deberá atenderse a la utilizada por la correspondiente legislación nacional. Su regulación, además, se lleva a cabo por medio de leyes de Derecho Público –en las cuales es tan difícil que exista armonización internacional–, lo cual significa que cada Estado definirá esos espacios según su cultura, costumbres, historia y principios de orden público les indiquen. Es por ello que pueden producirse discrepancias entre lo que las distintas legislaciones nacionales establezcan al respecto, lo cual necesariamente afectará de forma negativa a la aplicación uniforme del Convenio, pudiendo dar como resultado que lo que en un Estado es considerado como "parte ejecutante marítima", no lo sea en otros. En España, por ejemplo, la regulación de lo que debe entenderse por zona portuaria se establece en

gunos rasgos comunes entre ambos grupos, el Convenio establece un sistema específico para la "parte ejecutante marítima", el cual resulta bastante similar al establecido por las Reglas de Hamburgo para el porteador efectivo.

Parte de la doctrina entiende que esta definición no ha realizado una correcta delimitación entre los auxiliares dependientes del porteador y lo que vendría a ser el porteador efectivo<sup>38</sup>. Sin embargo, del estudio de este artículo 1 RR en relación con los preceptos 4 RR y 18 RR –a los que se hará referencia más adelante–, parece desprenderse que la definición de parte ejecutante sólo incluye a aquellos colaboradores que sean contratistas independientes<sup>39</sup>. Por tanto, de acuerdo con las Reglas de Rotterdam, será posible encontrar tres tipos de auxiliares del porteador: los empleados<sup>40</sup> -auxiliares dependientes-, las partes ejecutantes –contratistas independientes– y las partes ejecutantes marítimas –contratistas independientes que desarrollan su actividad en la zona portuaria–.

Sentado lo anterior, en este primer epígrafe sobre los colaboradores nos referiremos únicamente a aquellos que pueden considerarse empleados y parte ejecutante sin más, dedicando un apartado específico a la categoría de parte ejecutante marítima.

## b) El régimen general de los auxiliares del porteador en las RR

El primer artículo que hace referencia a los empleados es el 4 RR denominado "Aplicabilidad de las exoneraciones y los límites de la responsabilidad". Lo dedica el legislador a señalar aquellas personas que serán beneficiarias de esas dos características del sistema de responsabilidad establecido para los porteadores, cuando alguno de sus actos u omisiones causen daño a la mercancía. Así, se establece que cualquiera de las limitaciones y exenciones del Convenio resultará de aplicación a todo tipo de acción por daños, pérdida o retraso en las mercancías que se entable contra el porteador o contra una parte

el artículo 2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. En Colombia esta definición se incluye en el artículo 5 de la Ley 01 de 1991 por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones.

38 J. L. Pulido Begines. "Elementos personales del contrato ..." p. 101, señala como deficiencias en la definición no sólo que no se haya realizado una correcta delimitación entre lo que es el porteador efectivo y los auxiliares dependientes del porteador contractual, sino también que se haya separado la parte ejecutante de la parte ejecutante marítima, "sobre todo porque introduce mayor complejidad conceptual en un asunto que reclama justo lo contrario".

39 F. Berlingieri. "La disciplina de las obligaciones del porteador y su responsabilidad en las Reglas de Rotterdam" en AAVV "Las Reglas de Rotterdam una nueva era en el Derecho Uniforme del transporte". Dir. Illescas Ortiz, Alba Fernández. (Madrid. 2015. Ed. Dykinson-U. Carlos III). p. 66.

40 Ver artículos 4 y 18 RR.

ejecutante marítima (epígrafe a), contra el capitán, la tripulación o cualquier otro trabajador del buque (epígrafe b) y, por último, contra los empleados del porteador o de una parte ejecutante marítima (epígrafe c).

La clasificación anterior parece ampliar la aplicación del Convenio a una gran variedad de sujetos distintos. No sólo se incluyen las categorías citadas –empleados y partes ejecutantes marítimas–, sino que se hace referencia expresa al capitán y a la dotación del buque. La razón parece estar, en este último caso y atendiendo al proceso de preparación del convenio, en que, aun siendo poco habitual, podría suceder que no fueran empleados del porteador pero tampoco encajaran en la categoría de parte ejecutante marítima<sup>41</sup>.

El artículo 4 RR extiende a cualquiera de esos sujetos parte del sistema de responsabilidad establecido para el porteador, cuando con su actuar ocasionen daño, pérdida o retraso en las mercancías transportadas. Así, el capitán, el resto de la tripulación, cualquier persona que preste servicios en el buque o cualquier empleado del porteador o de una parte ejecutante marítima podrán beneficiarse de las previsiones del Convenio, con independencia del tipo de acción entablada y del tribunal ante el cual se inste, sea judicial o arbitral. De esta forma trata de darse cumplimiento a la uniformidad en la aplicación del Tratado, uno de sus objetivos principales, permitiendo que tanto los auxiliares dependientes como los independientes puedan invocar para sí las limitaciones del Convenio y blindar así el sistema del porteador. Sin embargo, lo llamativo del precepto es que se excluye expresamente de él a la parte ejecutante no marítima. Es decir, si hubiera daño causado por acciones u omisiones de algún sujeto de esta categoría, en ningún caso podría solicitar la limitación de su responsabilidad con base en el Convenio, lo cual en cierta manera atenta contra el objetivo señalado.

En este punto es necesario analizar qué artículos del Convenio resultarán de aplicación a todo este conjunto de auxiliares. El tenor literal del artículo señala que lo será cualquier disposición del presente Convenio que pueda prever una excepción para el porteador o limitar su responsabilidad. De esta manera, parece que nuevamente el legislador ha optado por aceptar que la acción basada en responsabilidad extracontractual se entable de acuerdo con la correspondiente norma nacional, pero permitiendo la aplicación del sistema de responsabilidad del convenio en cuanto a su determinación y cuantificación económica.

Además es importante notar que, en las RR, la aplicación del sistema a los auxiliares no parece ser potestativa. Como vimos, en las Reglas de Hamburgo el legislador preveía la posibilidad de que el auxiliar demandado optara por la aplicación del Convenio en cuanto a los extremos apuntados. Sin embargo, en RR el legislador indica que “resultarán de aplicación” dichas previsiones,

41 F. Berlingieri. “La disciplina de las obligaciones del porteador ...” pp. 66 y 67.

lo cual convierte la extensión de la efectividad del Convenio en imperativo para cualquier juez nacional que conozca del asunto.

Por su parte, el artículo 19.4 RR expresa que "Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impone responsabilidad alguna al capitán o demás miembros de la tripulación del buque ni a otros empleados del porteador o de una parte ejecutante marítima".

Lo que parece querer recalcar el precepto es que, con base en el Convenio, no es posible imputar responsabilidad a los auxiliares dependientes, sino sólo al porteador y a cualquier "parte ejecutante marítima". De esta forma, aplicando las Reglas de Rotterdam, el perjudicado por un daño en sus mercancías deberá dirigir su demanda contra alguno de esos dos responsables, con independencia de que el daño haya sido efectivamente causado por otro sujeto de los señalados.

Se entiende por tanto que, con base en las RR, sólo podrá imputarse responsabilidad directamente contra el porteador o contra la parte ejecutante marítima, bien sea por sus actos dañosos, bien sea por los de aquellas personas de las que deben responder según el artículo 18 RR.

Por otro lado, aunque la acción contra los auxiliares del porteador o de la parte ejecutante marítima deba fundarse en una norma nacional, les serán de aplicación los límites y exoneraciones del Convenio (art. 6 RR)<sup>42</sup>. En contra de una parte de la doctrina<sup>43</sup>, entiendo que debe entender que con respecto a las partes ejecutantes no marítimas no es posible aplicar ninguna de las previsiones del Convenio ya que el legislador omite cualquier referencia a ellas, por lo que tanto la acción como las consecuencias de la misma tendrán su fundamento en la norma nacional correspondiente<sup>44</sup>.

42 Señala López Rueda que las RR imponen responsabilidad al porteador y la parte ejecutante marítima, pero no a los empleados de los anteriores, al capitán, a la tripulación ni a las partes ejecutantes no marítimas, pero sí se les aplican las exoneraciones y límites de responsabilidad del porteador. (F.C. López Rueda. "Noción de contrato de transporte y aplicación del convenio a los contratos de transporte por más de un modo" en AAVV "Las reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional" Dir. Illescas Ortiz y Alba Fernández. (Madrid. 2012. ed. Civitas-Universidad Carlos III). p. 42.

43 Íbidem.

44 Las razones para dejar fuera del Convenio a las partes ejecutantes no marítimas parecen ser, por un lado, la intención de regular exclusivamente la parte estrictamente marítima del contrato de transporte y, por otro, el evitar conflictos normativos con otro tipo de convenios que puedan resultar de aplicación a colaboradores terrestres o aéreos del porteador marítimo, aun cuando esto pueda conllevar los riesgos manifestados con respecto al blindaje del sistema. Así R. Illescas Ortiz. "Obligaciones y responsabilidad del porteador" en AAVV "Las Reglas de Rotterdam..." señala que salvo que pueda incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 26 RR y por tanto pueda exigírseles responsabilidad de acuerdo a un Convenio internacional unimodal propio, ninguna norma nacional podrá aplicarse ya que no existe en las RR remisión a la misma (p. 170). Sin embargo este último apunte no parece muy acertado pues para que una norma nacional resulte aplicable no se necesita que ningún convenio lo autorice, simplemente basta con que exista ausencia de norma

Por último, tal y como se ha visto en los convenios anteriores, también las RR incluyen un apartado específico para regular aquellos casos en los que el causante del daño ha actuado de forma consciente y voluntaria, o incurriendo en culpa grave. Concretamente el artículo 61 RR señala que ninguno de los sujetos incluidos en el Convenio podrá acogerse a los límites cuantitativos por daños en las mercancías (artículo 59 RR) o por retraso (art. 60 RR) cuando el acto o la omisión hubiera sido personalmente "cometido con la intención de causar dicha pérdida o daño, o temerariamente y a sabiendas de que la pérdida o el daño probablemente se produciría".

En este caso no cabe duda de que cualquiera de los sujetos que hayan cometido este tipo de comportamiento personalmente<sup>45</sup> lo que no podrá invocar es la limitación de responsabilidad económicamente hablando, con independencia de que al porteador, así como la parte ejecutante marítima según se verá, se le aplique el resto de las previsiones del Convenio.

### c) Especial tratamiento de la "parte ejecutante marítima".

Como se dijo, el propio artículo primero incluye la definición de lo que debe considerarse parte ejecutante marítima, señalando su epígrafe 7 que lo será toda parte ejecutante que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador durante el periodo de transporte marítimo. Éste se circunscribe al transcurrido desde la llegada de las mercancías al puerto de carga, hasta su salida del puerto de descarga. La definición finaliza señalando que ningún transportista interior podrá ser considerado parte ejecutante marítima, salvo que su actividad quede delimitada dentro de la zona portuaria.

Partiendo del hecho de que la parte ejecutante quedó identificada con los colaboradores independientes del porteador, puede determinarse que la parte ejecutante marítima será cualquier auxiliar de esta clase que desarrolle su actividad dentro de los parámetros espacio temporales determinados por el artículo 1.7 RR. Sin embargo, aun siendo un subgrupo, las RR introducen para la parte ejecutante marítima un sistema que es claramente diferenciado.

Los colaboradores que desarrollan su actividad en el tramo marítimo son considerados como una figura más cercana al porteador que al colaborador, concediéndole un tratamiento similar al que las RH otorgaban al porteador efectivo. Así, como se verá más adelante, destaca el hecho de que el artículo 18 RR no incluye a la parte ejecutante marítima como persona de cuyos actos responde el porteador. Es decir, no se le considera un colaborador a los efectos de la res-

internacional que regule el asunto, como ocurre con lo relativo a la determinación de la responsabilidad de este tipo de sujetos.

45 Con respecto a la necesidad de haber actuado personalmente, existe cierta discusión sobre si es posible, y de qué forma, imputar este tipo de comportamientos a una persona jurídica. Así F. Berlingieri. "La disciplina de las obligaciones..." p. 72.

pensabilidad por hecho ajeno<sup>46</sup>. Por el contrario, el artículo 19 RR desarrolla un sistema de responsabilidad específico para este tipo de intervinientes que, a mi juicio, resulta demasiado complejo y, además, puede dejar fuera del Convenio a ciertos sujetos lo que podría minar el objetivo de uniformidad de las Reglas.

En primer lugar, el citado artículo señala que toda parte ejecutante marítima quedará sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador y, además, gozará de las exoneraciones y límites de responsabilidad del Convenio cuando coexistan los dos requisitos de forma simultánea. Es decir, se extiende para ellos todo el sistema creado para el porteador.

Sin embargo, para ello se exigen dos tipos de requisitos distintos, de los cuales deben darse simultáneamente al menos uno de cada grupo. El primer tipo es de carácter espacial: que la parte ejecutante haya recibido las mercancías o las haya entregado en el puerto de un Estado contratante o, en su defecto, que su actividad haya sido realizada en un puerto situado en un Estado contratante. El segundo tipo es de carácter temporal: que el hecho dañoso haya ocurrido entre la llegada de las mercancías al puerto de carga o su salida en el puerto de descarga, mientras las mercancías se hallaban bajo su custodia o en cualquier otro momento siempre que la parte ejecutante marítima estuviera participando de la ejecución de alguna actividad prevista por el contrato de transporte.

Con respecto al requisito espacial fijado en el artículo 19.1.a) RR, procede señalar que constituye un ámbito de aplicación del Convenio diferenciado del general. Esto puede conllevar numerosos problemas a la hora de delimitar la norma aplicable a un caso concreto. Puede ser que los dos ámbitos estén superpuestos de forma que siempre se aplique el Convenio; sin embargo existen casos en que no coincidirán; de esta forma para el porteador sí será de aplicación el Convenio, mientras que para la parte ejecutante marítima no.

Así, el artículo 5 RR señala que el Convenio se aplica a todo contrato de transporte cuando el lugar de recepción de las mercancías o puerto de carga se encuentre en un Estado distinto al lugar de entrega o puerto de descarga y, además, alguno de esos cuatro lugares se encuentre en un Estado contratante. Sin embargo, aun cumpliéndose dichos requisitos y siendo aplicable el Convenio al contrato en general, puede darse el caso de que la parte ejecutante marítima no recibiera o entregara las mercancías en un Estado contratante y que la actividad haya sido exclusivamente desarrollada en el puerto de un Estado no contratante. Este hecho podría darse perfectamente en aquellos casos en los que el buque realiza una escala en un Estado ajeno al Convenio y es en ese momento y con un auxiliar en dicho puerto donde se producen los daños a la mercancía. En ese caso, no sería posible imputarle responsabilidad con base en el Convenio ni, por supuesto, extenderle la aplicación del mismo.

46 F. C. López Rueda. "La responsabilidad del porteador y de la parte ejecutante marítima en las Reglas de Rotterdam". (Barcelona. 2015. Ed. Bosch). p. 198.

En este supuesto el perjudicado tendría dos opciones. Podría reclamar directamente al sujeto causante del daño por vía extracontractual con base en la correspondiente norma nacional, pero siempre sabiendo que, ex artículo 4, será de aplicación el sistema de exoneraciones y limitaciones contenido en el Convenio. En este caso, la parte ejecutante marítima sería a los ojos del convenio como un auxiliar sin más. Por otro lado, también podría reclamar al porteador, pero en este caso por responsabilidad por hecho ajeno, basada en el artículo 18 RR, en los términos que se expondrán en el epígrafe siguiente.

En cualquier caso, partiendo de que será probable que en la mayoría de los casos ambos periodos se superpongan, sólo faltaría por cumplirse el requisito temporal (art. 19.1.b RR). En él se exige que el daño se haya producido en uno de tres casos alternativamente. El primero sería durante el periodo comprendido entre la llegada de las mercancías al puerto de carga y la salida de las mismas del puerto de descarga, lo cual en realidad parece una redundancia pues, de producirse en otro momento en principio no estaríamos hablando de parte ejecutante marítima sino, solamente, de parte ejecutante. El segundo sería durante el periodo en que las mercancías se encuentren bajo la custodia de la parte ejecutante marítima, lo cual hace suponer que este requisito siempre se dará de forma simultánea con el primero —o no se dará ninguno de los dos—, puesto que la parte ejecutante marítima sólo lo es en cuanto ejecuta o se compromete a ejecutar alguna obligación del porteador dentro del tramo marítimo del transporte. Esto debería conllevar que, si se compromete a tener la custodia de las mercancías en otro momento o lugar —o de hecho la tiene—, debería dejar de ser considerada como tal y, por tanto, no serle de aplicación el sistema del artículo 19 RR. El tercer requisito sería el de que el daño haya sido causado “en cualquier otro momento en la medida en que la parte ejecutante marítima estuviera participando en la ejecución de cualquiera de las actividades previstas en el contrato de transporte”. En este punto parece haber una contradicción. Si el daño se produce fuera del tramo marítimo del transporte, no debería poder ser imputado a una parte ejecutante marítima, ya que éstas sólo operan en el tramo marítimo.

A pesar de la aparente contradicción entre la definición de parte ejecutante marítima (art. 1.7 RR) y los requisitos para su eventual responsabilidad (art. 19 RR) que acaban de exponerse, es posible entender que la función de este último precepto es la de servir como base para imputar responsabilidad a la parte ejecutante marítima en dos casos: cuando ocasione un daño en el ejercicio normal de su actividad, es decir durante el tramo marítimo del transporte; o bien cuando, habiéndose comprometido a realizar actividades sólo en dicho tramo, se extralimite en sus funciones y cause daño en otro momento de la ejecución del contrato<sup>47</sup>.

47 Con respecto al artículo 19, F.C. López Rueda, “La responsabilidad del porteador...” cit.,

Por último, el epígrafe tercero del artículo 19 RR señala que la parte ejecutante marítima no sólo responderá por sus propios actos en los términos ya expuestos sino que también lo hará por los actos de aquellos en los que delegue el cumplimiento de sus obligaciones, es decir, responderá por los actos de sus propios auxiliares.

#### **d) La responsabilidad del porteador por hecho ajeno en las RR**

Es el artículo 18 RR el que regula la responsabilidad del porteador por actos de terceras personas. En él se indica que responderá por cualquier incumplimiento de sus obligaciones imputable a actos u omisiones de cualquier parte ejecutante, del capitán o cualquier miembro de la tripulación, de los empleados del porteador o de cualquier parte ejecutante y, por último, de cualquier otra persona que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones que el porteador asume en el contrato de transporte, siempre que haya actuado a su solicitud o bajo su supervisión o control.

Lo cierto es que este precepto es en cierta manera desconcertante, si tenemos en cuenta la definición que el propio Convenio hace de "parte ejecutante". Partiendo de ella, no se comprende por qué el legislador señala en este artículo que el porteador será responsable por los actos u omisiones de cualquier otra persona que ejecute alguna de sus obligaciones dentro del marco de un contrato de transporte y lo haga a su instancia o bajo su supervisión o control, cuando esta definición parece tan similar a la de parte ejecutante.

Sin embargo si, como se dijo, observamos que no se incluye expresamente a la parte ejecutante marítima, este inciso abriría las puertas para que pueda exigirse responsabilidad al porteador por hecho de aquellas personas que debieran ser consideradas como tales pero que, al no cumplir con los requisitos exigidos por el texto, no podrían ser demandadas directamente con base en el Convenio.

p. 199 manifiesta, , que el artículo está muy bien diseñado por dos motivos. En primer lugar porque garantiza que el Convenio sólo se aplicará únicamente a partes ejecutantes marítimas que operen en lugares donde ya esté rigiendo y, en segundo, porque circunscribe la responsabilidad "al periodo de custodia de las mercancías, pero extendiéndolo también a los daños que cause por la realización de alguna tarea sobre mercancías que ya se encuentren bajo la custodia del porteador". Sin embargo, a mi juicio el artículo resulta bastante complejo y su formulación no es del todo acertada. Dado el carácter inclusivo del Convenio y su vocación de resultar aplicable no sólo a todo contrato de transporte total o parcialmente marítimo, sino también a todos los sujetos que en él intervienen, parecería recomendable señalar, simplemente, que cualquier parte ejecutante marítima respondería en los mismos términos que el porteador, siempre que causara personalmente daños en las mercancías durante la ejecución del transporte. Añadir un ámbito de aplicación espacial y temporal adicional al general del Convenio, convierte su puesta en práctica en algo complejo y tedioso para el juez del foro, lo cual dificulta la aplicación uniforme y pone en riesgo la necesaria seguridad jurídica.

En cualquier caso, por primera vez un Convenio internacional sobre transporte marítimo incluye un apartado específico donde se reconoce la responsabilidad del porteador por los actos u omisiones de cualquier auxiliar del que se sirva, cuando determinen un incumplimiento de sus obligaciones o, por supuesto, que originen daño, pérdida o retraso en la mercancía transportada y ello con independencia de la relación que lo una con ellos.

Así, el perjudicado tendrá siempre la opción de demandar al porteador para exigir el resarcimiento de los daños que haya podido sufrir. Este hecho, unido a la obligatoriedad de aplicar a las demandas extracontractuales los límites cuantitativos del convenio y a la presumible mayor solvencia del porteador, probablemente desincentivará las demandas contra los auxiliares, en favor de las demandas directas contra aquel.

Por último, como se indicó en el epígrafe relativo a los auxiliares del porteador, el Convenio castiga la temeridad de éstos en la causación de un daño con una responsabilidad ilimitada. La duda en este punto puede surgir en cuanto a si el porteador, como responsable por los hechos de sus auxiliares, también perdería el derecho a invocar las limitaciones cuando uno de éstos actuara de forma temeraria o con culpa grave. La respuesta debe ser negativa. Según el tenor literal del texto, sólo aquel que ha participado de forma personal en la acción u omisión dañosa es quien pierde el derecho. Por ello, en caso de que la demanda se dirija contra el porteador por hechos de sus dependientes, el primero responderá hasta los límites marcados en el convenio, pudiendo el perjudicado reclamar el excedente de forma directa a la parte ejecutante correspondiente<sup>48</sup>.

### 3. CONCLUSIONES

Tal y como se anticipó, la figura del auxiliar del porteador desempeña un importante papel en la ejecución de los contratos de transporte de mercancías. Por ello su estudio y, especialmente, el de su régimen de responsabilidad se hace tan relevante.

Actualmente no puede dudarse de la importancia de los terceros intervinientes en los contratos de transporte. Su actuación conlleva consecuencias no sólo para ellos mismos sino también para el porteador –para quien actúan– y, por supuesto, para las demás partes interesadas en el transporte (cargador, destinatario, receptor del conocimiento de embarque, etc.)

48 Rafael Illescas Ortiz.. "Obligaciones y responsabilidad..." p. 192. Sin embargo en este punto merece la pena hacer una consideración y es que, cuando el porteador sea persona jurídica, habrá que valorar si el causante del daño puede entenderse como representante de aquél, pues en dicho caso sería razonable atribuir la conducta –y por tanto la imposibilidad de limitar su responsabilidad– al primero.

Aunque inicialmente esta realidad no tuvo la debida atención por parte del legislador, poco a poco se volvió necesaria una revisión de los conceptos inicialmente manejados, incluyendo paulatinamente nuevos tipos de auxiliares en la regulación uniforme.

Así, inicialmente sólo se tuvo en cuenta al auxiliar dependiente y sólo para determinar la responsabilidad del porteador por hecho ajeno, excluyendo de la norma internacional al propio auxiliar y su responsabilidad directa. Este hecho determinó que el sistema del convenio fuera burlado pues, en la realidad del tráfico jurídico, en multitud de ocasiones eran los auxiliares quienes causaban materialmente los daños. De esta forma se permitía al perjudicado eludir el régimen especial del porteador, demandando directamente al auxiliar por vía extracontractual, con base en normas nacionales que no limitaban económicamente la responsabilidad, ni incluían un listado de exoneraciones. Como se ha expuesto, el porteador terminaba en muchos casos asumiendo el coste de la indemnización, debiendo abonar cantidades mucho mayores que las determinadas por el Convenio.

Este hecho unido al auge de los transportes internacionales y a la evolución de las compañías transportistas —quienes se servían cada vez más de terceros para la ejecución de sus obligaciones contractuales—, determinó un cambio de planteamiento que culminó con la extensión del sistema específico del porteador a otras intervinientes en el contrato.

Tras el estudio de los distintos convenios, se aprecia que el legislador durante mucho tiempo fue reacio a dicha extensión, tratando de mantener la aplicación de este régimen especial únicamente para el porteador aunque accediendo a limitar la responsabilidad de los auxiliares dependientes, para evitar así la citada elusión del sistema.

Sin embargo, como suele suceder, la realidad se transforma más rápidamente de lo que se adapta el Derecho y la figura del porteador efectivo ya existía, a pesar de que el legislador aún no quisiera reconocer la importancia que su actividad implicaba para el transporte y, esencialmente, para la determinación de la responsabilidad por daños ocasionados a las mercancías.

La inclusión de esta figura en las normas internacionales y su reconocimiento como porteador a los efectos de aplicación del sistema, supone un importantísimo avance en la materia. Gracias a esto la norma se perfecciona y sus objetivos se cumplen de manera más fiel, ya que el régimen especial del porteador se aplica no sólo a quien aparece como tal en el contrato, sino a quien realiza materialmente el transporte incluyendo a todos los auxiliares de uno y de otro que, en la ejecución del mismo, puedan causar daño a las mercancías.

Sin embargo, como puede apreciarse, el legislador sigue aún resistiéndose en cierta medida a extender de forma completa el régimen a los auxiliares. Por ello, aunque económicamente se limita su responsabilidad, el perjudicado tiene que acudir a la norma nacional para entablar la acción contra ellos —salvo en lo que se refiere al porteador efectivo—.

Este hecho exige la aplicación combinada de dos sistemas que le ocasiona una doble carga. Esto es así porque se le grava con la obligación de acreditar todos los extremos contenidos en la norma nacional de responsabilidad extracontractual –acción u omisión culposa, daño y relación de causalidad– pero, a la vez, se le somete a un régimen de exoneraciones y limitaciones cuantitativas severo, en beneficio del causante del daño.

En ese estado de cosas podría resultar más equitativo que sólo fuera aplicable una norma, de forma que si la indemnización va a verse limitada por los preceptos del convenio en cuestión, la carga de la prueba se vea sometida también a las prescripciones de aquel; así el perjudicado sólo necesitaría acreditar la existencia del daño y que éste se produjo durante el transporte. Sin embargo, observando la evolución de los distintos convenios y sus similitudes en este aspecto, parece poco probable que este beneficioso cambio vaya a darse o, al menos, que lo haga en los próximos años.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arias Varona, Fco. Javier. "Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario". Granada, Comares, 2006.
- Berlingieri, F. "La disciplina de las obligaciones del porteador y su responsabilidad en las Reglas de Rotterdam", en "Las Reglas de Rotterdam una nueva era en el Derecho Uniforme del transporte". Dir. Illescas Ortiz, Alba Fernández. Madrid. 2015. Ed. Dykinson-U. Carlos III.
- Delebeque, F. "La parte ejecutante marítima: obligaciones y responsabilidad" en "Las Reglas de Rotterdam una nueva era en el Derecho Uniforme del transporte". Dirs. Illescas Ortiz, Alba Fernández. Madrid. 2015. Ed. Dykinson-U. Carlos III
- Emparanza Sobejano, A. "La delimitación del porteador en el transporte: el porteador contractual y el porteador efectivo". 2000. VII Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián.
- Gabaldón García, J.L. "Curso de Derecho Marítimo Internacional ". Madrid. 2012. Ed. Marcial Pons.
- Illescas Ortiz, R. "Obligaciones y responsabilidad del porteador" en AAVV "Las Reglas de Rotterdam una nueva era en el Derecho Uniforme del transporte". Dir. Illescas Ortiz, Alba Fernández. Madrid. 2015. Ed. Dykinson-U. Carlos III.
- Jordano Fraga, F. "La responsabilidad contractual". Madrid. 1987. Ed. Cívitas.
- Jordano Fraga, Francisco. "La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento". Madrid. 1994. Editorial Civitas.

- López Rueda, F.C. "La responsabilidad del porteador y de la parte ejecutante marítima en las Reglas de Rotterdam". Barcelona. 2015. Ed. Bosch
- López Rueda, F.C., "Noción de contrato de transporte y aplicación del convenio a los contratos de transporte por más de un modo" en "Las reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional" Dirs. Illescas Ortiz y Alba Fernández. Madrid. 2012. ed. Civitas-Universidad Carlos III.
- Pulido Begines, J.L. "Elementos personales del contrato de transporte total o parcialmente marítimo de mercancías: porteador, cargador, parte ejecutante y destinatario" en "Las reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional". Dirs. Illescas Ortiz/Alba Fernández. Madrid, 2012. Ed. Civitas-Universidad Carlos III.
- Sánchez Calero, Fernando "Las Reglas de la Haya-Visby transporte marítimo internacional de mercancías. Responsabilidad del porteador" en "El contrato de transporte marítimo de mercancías". 2010. Ed. Aranzadi Insignis.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. "Sistema de responsabilidad civil, contractual y extra-contractual". Madrid. 2001. Ed. Dykinson.