

Las Reglas de Rotterdam y la Normativa Andina: Visión comparativa y comentarios en torno a la aplicabilidad de la Decisión 399 de la Comunidad Andina de Naciones

Javier Andrés Franco Zárate*

Sumario: 1. Introducción, 2. Planteamiento del problema, 3. Normativa Andina: generalidades y fuerza normativa de las Decisiones de la Comisión, 4. Exclusión de las Decisiones 331 y 393 de la Comunidad Andina de Naciones sobre Transporte Multimodal, 5. El Art. 26 de las Reglas de Rotterdam, 6. Principales diferencias entre el esquema normativo de las Reglas de Rotterdam y la Decisión 399 de la Comunidad Andina, 7. Conclusiones.

1. Introducción

A diferencia de lo que ha sucedido con otros modos de transporte como por ejemplo en el caso del transporte aéreo¹, la República de Colombia no ha ratificado ninguno de los convenios vigentes a nivel internacional que regulan el contrato de transporte marítimo de mercancías². En efecto, el tema está gobernado a nivel local por un conjunto de normas incorporadas en el respectivo Libro de la Navegación del Código de Comercio colombiano que constituyen una adaptación del esquema planteado por la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, más conocido como las Reglas de La Haya³.

Si bien la referida Convención, tal como fue modificada por el Protocolo de Visby, esto es, el régimen conocido como las Reglas de La Haya - Visby, regula actualmente gran parte de los contratos para el transporte marítimo de bienes a nivel mundial, se ha dicho que tal

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2003), Especialista en Derecho Marítimo de la misma Universidad (2006), Master (Distinción) en Derecho Comercial Internacional y Derecho Marítimo de la Universidad de Gales – Swansea (2008). Profesor investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (javier.franco@uexternado.edu.co), Asociado senior de Guzman Escobar & Asociados Ltda (jfranco@gealegal.com).

¹ En materia de transporte aéreo la República de Colombia ha ratificado tanto del Convenio de Varsovia de 1929, como del Convenio de Montreal de 1999.

² Los Convenios vigentes a nivel internacional en la materia son los conocidos como las Reglas de La Haya (1929), la Haya-Visby (1968), Hamburgo (1978). Las Reglas de Rotterdam aún se encuentran pendientes de recibir el número de ratificaciones necesarias para que el Convenio pueda entrar en vigor en el orden internacional (2008).

³ Arts. 1578 a 1665 CCo.

regulación requiere ser actualizada, arguyendo entre otras, de un lado, que en la actualidad una sola persona muchas veces se ocupa de ejecutar toda la operación de transporte en un esquema *puerta a puerta* respondiendo íntegramente por su ejecución, y, de otro, porque a diferencia de lo que sucedía en el año de 1924 cuando las Reglas de La Haya fueron expedidas, la “fuerza” contractual entre cargadores y transportadores ha ido cambiado gradualmente⁴, generando así un escenario quizá propicio para la expedición de un régimen que pretenda lograr un mayor “equilibrio” entre la posición de las partes del contrato de transporte.

Es justamente en medio del descrito escenario local e internacional que surge un instrumento nuevo, esto es, el Convenio de las Naciones Unidas Sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente por Mar, más conocido como las Reglas de Rotterdam. Como se mencionó atrás, dicho Convenio pretende regular de una forma más comprehensiva la operación de transporte internacional, ocupándose del transporte no sólo marítimo sino “*más que marítimo*” (o simplemente multimodal) cuando la operación de transporte incluya una fase internacional marítima⁵. El Convenio igualmente pretende ocuparse de aspectos no regulados en Convenciones internacionales que lo precedieron buscando crear un régimen más *equilibrado* entre el cargador y el transportador⁶ quizá buscando facilitar la adopción del texto tanto por las naciones tradicionales marítimas como por los países en vía de desarrollo que comúnmente se identifican más con los intereses de los cargadores o remitentes de carga.

2. Planteamiento del problema

Teniendo en cuenta la incertidumbre que existe respecto del alcance de la aplicación de las normas del Código de Comercio sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías, la República de Colombia necesita realizar su propia evaluación respecto de la conveniencia o

⁴ Prueba de ello es precisamente la expedición de las Reglas de Hamburgo, en el año de 1978.

⁵ Al respecto debe decirse que no puede decirse que la Convención regula de forma integral el transporte el transporte multimodal pues sus normas sólo serán aplicables al transporte multimodal en la medida en que la operación incluya un trayecto marítimo igualmente internacional. Así, operaciones de transporte multimodal que no cumplan estas características, por ejemplo, que no incluyan un segmento marítimo sino que por ejemplo haya una combinación del modo aéreo y el modo terrestre, quedan por fuera del alcance de la Convención.

⁶Philippe Delebeque. “The New Convention on International Contract of Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: A Civil Law Perspective”, CMI Year Book 2007 – 2008, p. 264.

inconveniencia de una eventual ratificación de las Reglas de Rotterdam. Al hacerlo deberá tener en cuenta las posibilidades que dicho régimen ofrece de cara a un cambio (o si se quiere, modernización y adaptación a parámetros internacionales) del derecho local en la materia, pero, adicionalmente, deberá velar por la observancia de los compromisos que haya asumido de manera previa a nivel internacional en materia de transporte, ya que como se ha mencionado atrás, las Reglas de Rotterdam no sólo pretenden regular el transporte marítimo en sí mismo considerado, sino también el transporte multimodal cuando el trayecto previsto para la operación de transporte internacional prevea un trayecto internacional marítimo entre puertos ubicados en Estados parte de la Convención (Arts. 1 y 5). De esta forma, la República de Colombia deberá analizar los efectos que podría tener una ratificación del referido Convenio en relación con las normas que en materia de transporte se encuentren vigentes en la subregión andina.

Así las cosas, el presente artículo pretende analizar cuál puede ser el impacto que una eventual ratificación de las Reglas de Rotterdam podría tener en Colombia teniendo en cuenta los compromisos vigentes del país en dicho campo bajo el esquema subregional andino. En particular, el estudio presente se enfoca en el análisis de un punto a este respecto: el Artículo 26 de las Reglas de Rotterdam prevé que si la pérdida o daño, o el hecho que ha ocasionado el retraso sufrido por las mercancías se da durante el periodo de responsabilidad del transportador, pero antes del cargue marítimo o después del descargue marítimo, (esto es en un segmento unimodal anterior o posterior) un *instrumento internacional* que hubiere resultado de otra manera aplicable a dicho tramo no será desplazado por el régimen de la Convención y, por tanto, será el llamado a establecer el régimen que en materia de obligaciones y responsabilidades del transportador proveerá las reglas con que se examinará la situación, siempre que se reúnan ciertos requisitos previstos por dicha norma. Dentro del esquema subregional andino, la norma que regula el transporte de mercancías por otro *modo* de transporte que puede llegar a jugar un papel a este respecto es la Decisión 399 que se refiere el transporte internacional de mercancías por carretera en el área de la subregión⁷. Así las cosas, resulta conveniente analizar si ante una eventual

⁷ Si bien hay otros *instrumentos internacionales* que podrían cobrar importancia de cara a la aplicación del Art. 26 de las Reglas de Rotterdam, como es el caso, por ejemplo, del Convenio de Varsovia o el Convenio de Montreal en lo que atañe al transporte aéreo, normas éstas ampliamente implementadas a nivel mundial, resulta conveniente hacer un estudio

ratificación por parte de la República de Colombia de las Reglas de Rotterdam se podría presentar un conflicto con lo previsto por la Decisión 399, o si por el contrario las Reglas de Rotterdam podrían dar paso a su aplicación evitando así el conflicto vía Art. 26 y, en cualquier caso, establecer cuáles serían las eventuales consecuencias jurídicas de tal situación.

3. Normativa Andina: generalidades y fuerza normativa de las Decisiones de la Comisión.

La República de Colombia hace parte de la Comunidad Andina de Naciones toda vez que ratificó (y no ha denunciado) el Acuerdo de Integración Subregional Andino, conocido como “Acuerdo de Cartagena”, que le dio origen. Dicho acuerdo subregional andino tiene por objetivos “*promover el desarrollo equilibrado y armónico de sus países en condiciones de equidad, acelerar el crecimiento por medio de la integración y la cooperación económica y social, impulsar la participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano, y procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes*”⁸.

Como lo ha reconocido la jurisprudencia emanada del Tribunal Andino de Justicia⁹, el funcionamiento del sistema parte del reconocimiento de una cesión de competencias soberanas por parte de los países que son parte del esquema subregional con el objeto que dichas competencias se radiquen en cabeza de los entes andinos correspondientes quienes serán ahora los encargados de regular dichas materias a través de normas de derecho comunitario *derivado*¹⁰. En relación con lo anterior, resulta pertinente diferenciar entre las normas de derecho comunitario *primario* y derecho comunitario *derivado*. El conjunto de normas pertenecientes al primer grupo “*están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así*

particular del caso de la normativa andina que sólo aplica en los países miembros del acuerdo subregional con el fin de analizar las consecuencias de la eventual ratificación de las Reglas de Rotterdam por los países de la subregión.

⁸ Eric Tremolada Álvarez. *El derecho andino en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 23.

⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 07-AI-99, citada por Tremolada Álvarez, Op. Cit., p. 37 y 38.

¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

como por sus protocolos adicionales y modificatorios”¹¹ (básicamente, el Acuerdo de Cartagena y Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia¹²). Por otra parte, dentro de lo que se conoce como las normas de derecho comunitario *derivado* se encuentran las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de Plenipotenciarios¹³. Así las cosas, las Decisiones de la Comisión – cómo la Decisión 399 que regula el transporte internacional de mercancías en la Comunidad -, forman parte de ese derecho comunitario andino que recibe el título de *derivado*, por lo que ostentan el tratamiento de “*normas jurídicas de orden supranacional*”¹⁴. Ahora bien, debe aclararse que, dicho concepto de *supranacionalidad*, más que implicar la creación de un derecho que está sobre el concepto mismo de nación o de las normas *del orden nacional*, lo que determina en últimas es la aceptación de una transferencia ciertas competencias del Estado a favor de los *órganos comunitarios andinos*¹⁵, con lo cual, un accionar unilateral por parte del Estado que pretenda modificar o desconocer las medidas adoptadas en virtud de esa transferencia de competencias podría comprometer la responsabilidad internacional de Estado en cuestión¹⁶. De esta forma, “*la Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad exclusiva sobre las materias de su competencia*”, tal y como lo ha hecho respecto del transporte internacional por carretera en área de la Comunidad en la Decisión 399, atrás mencionada.

Así las cosas, es claro que, como sucedería con un convenio suscrito por Colombia, las Decisiones de la Comisión, si bien en sí mismas tienen el estatus de *derecho derivado* en los términos atrás expresados, son normas que gozan de un efecto directo dentro de los países de la Comunidad que, además, tienen la vocación de prevalecer en su aplicación sobre las normas de derecho interno¹⁷ en cada uno de los países miembros del acuerdo subregional.

¹¹ Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500 del 22 de junio de 2001, Art. 2, citada por Tremolada Álvarez, Op. Cit., p. 39.

¹² Ibid., Op. Cit., p. 41.

¹³ Ibid., Op. Cit., p. 41, 42.

¹⁴ Ibid., Op. Cit., p. 43.

¹⁵ Ibid., Op. Cit., p.51.

¹⁶ Ibid., Op. Cit., p. 53. En este sentido Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 05-IP-95.

¹⁷ Ibid., Op. Cit., p. 54.

4. Exclusión de las Decisiones 331 y 393 de la Comunidad Andina de Naciones sobre Transporte Multimodal.

Antes de entrar a estudiar en detalle las características de las Decisión 399 y sus diferencias con las Reglas de Rotterdam, cabe hacer un comentario en el sentido de explicar porqué el presente estudio, que busca analizar los efectos de una eventual ratificación de las reglas de Rotterdam por un Estado miembro del esquema subregional, se contrae a la comparación del régimen de las Reglas de Rotterdam con la Decisión 399, sin referirse al estudio de las Decisiones 331 y 393 que regulan el transporte multimodal internacional en el área de la subregión andina.

De acuerdo con lo previsto por las Reglas de Rotterdam, sus normas resultarán aplicables al transporte multimodal internacional siempre que se den los presupuestos de aplicabilidad de la Convención y que la operación de transporte comprenda un trayecto marítimo igualmente internacional. La consecuencia entonces como quedó visto es que, en algunos casos, las normas previstas por la Convención pueden ser aplicables a modos de transporte diferentes al transporte marítimo, salvo que haya un instrumento internacional unimodal que las desplace.

Ahora bien, se ha dicho en aparte anterior de éste trabajo que el instrumento internacional que podría cumplir los requisitos del Art. 26 para dicho propósito es la Decisión 399, no obstante que existe en la región otras Decisiones que se ocupan de regular operaciones de transporte internacional de mercancías desde o hacia la subregión, como las Decisiones 331 y 393 del la Comisión del Acuerdo de Cartagena, normativa ésta que regula el transporte multimodal internacional de mercancías en el ámbito subregional andino.

Al respecto cabe señalar que las Decisiones 331 y 393 del la Comisión del Acuerdo de Cartagena no cumplen con los requisitos del Art. 26 de las Reglas de Rotterdam y, por tanto no desplazarían las reglas de la Convención. En efecto, de acuerdo con el referido Art. 26 para que otro instrumento internacional desplace efectivamente las normas de responsabilidad civil y prescripción de la Convención se requiere que se trate de un

instrumento internacional que se hubiere “*aplicado, a tenor del propio instrumento, a la totalidad o parte de los actos del porteador en el caso de que el cargador hubiera celebrado con él un contrato separado **directamente aplicable al segmento de transporte** donde haya ocurrido la pérdida o el daño de la mercancía, o el hecho o circunstancia causante del retraso en su entrega*” (Art. 26.a). Es justamente dicho requisito el que las Decisiones atrás comentadas no cumplirían toda vez que no están destinadas a regular *directamente* un *segmento unimodal* de transporte que pueda ser anterior al cargue o posterior al descargue marítimo, sino, por el contrario, pretenden ocuparse de la regulación de la operación de transporte multimodal¹⁸ estableciendo un régimen único de responsabilidad bajo el que estaría llamado a responder el operador de transporte multimodal¹⁹, no siendo así instrumentos internacionales que cumpla el requisito previsto en el Art. 26.a del Convenio. En efecto, al revisar los trabajos preparatorios del Art. 26.a de las Reglas de Rotterdam puede verse que las referencias hechas por los redactores de la norma apuntan a la aplicación de normas que hubieren regulado el segmento *unimodal* anterior o posterior al cargue marítimo²⁰, y es precisamente así es como lo han entendido autorizados comentaristas²¹, dejando de esta manera por fuera del alcance de la norma un esquema de regulación de transporte multimodal regional como el comentado.

No obstante lo anterior, resulta necesario analizar si teniendo en cuenta que en la región existe un régimen imperativamente aplicable al transporte multimodal, una eventual

¹⁸ Considerando, Decisión 331 de la Comunidad Andina de Naciones.

¹⁹ Art. 9 y Art. 11 de la Decisión 331 de la Comunidad Andina de Naciones, Art. 5 y Art. 6 de la Decisión 393 de la Comunidad Andina de Naciones. Las normas traen una excepción para el caso en que el daño, pérdida o retraso ocurra durante segmento marítimo, pero las normas aplicables a dicho segmento no pueden ser desplazadas al tenor de lo dispuesto por el Art. 26 de las Reglas de Rotterdam, por lo que resulta irrelevante tal situación para el presente estudio.

²⁰ “Another, related problem was said to exist in the wording of draft article 27 (1) (b)(i) itself, which referred to conventions which according to their terms “*appl[ie]d to all or any of the carrier’s activities*” under the contract of carriage. It was pointed out that, *given the differing scopes of application of the various unimodal transport conventions*, their provisions might never apply ‘according to their terms’ and draft article 27 might never operate, thus establishing a uniform system rather than a limited network system. It was suggested that the phrase ‘according to their terms apply to all or any of the carrier’s activities under the contract of carriage during that period’ should be deleted and replaced with text along the following lines: ‘would have applied if the shipper had made a separate and direct contract with the carrier in respect of the particular stage of transport where the loss or damage occurred’”. Documento A/CN.9/616, nota No. 224. Disponible en www.uncitral.org, consultado en agosto de 2010.

²¹ Christopher Hancock QC, “Multimodal Transport Under the Convention” en *An Analysis of the UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partially by Sea*, Lawtext Publishing Thomas, p. 43, al señalar que “*in essence, Art. 26 provides that where the loss can be localised to a non-sea leg, certain provisions (but only certain provisions) of any mandatorily applicable unimodal convention for that leg/mode of transport will be incorporated by reference and will prevail over those of the Convention*”.

ratificación de la Convención por parte de Estados miembros de la Comunidad Andina podría de alguna manera comprometer la responsabilidad del Estado que así decidiera obrar²². Al respecto debe señalarse que el Art. 27 de la Decisión 331 señala que “[l]as disposiciones provenientes de convenios internacionales aplicables al Contrato de Transporte Multimodal prevalecerán sobre lo dispuesto en la presente Decisión”. Así las cosas, de acuerdo con tal disposición, parecería que en tanto la norma no restringe su ámbito de aplicación al caso de convenios internacionales ya vigentes al momento de la expedición de la Decisión, sería lógico afirmar que una eventual ratificación de un convenio en la materia por parte de un Estado miembro del acuerdo subregional no comprometería la responsabilidad del Estado a éste respecto pues la norma expresamente busca dar prevalencia a convenios internacionales que regulen la materia. No obstante lo anterior, el Art. 8 de la Decisión 393 (que modifica el Art. 27 *supra*) establece que sólo los Convenios que regulen el transporte multimodal internacional “de los cuales sean parte todos los países miembros involucrados en dicha operación de transporte multimodal” prevalecerán sobre lo dispuesto en la Decisión. Así las cosas, con dicha modificación podría cambiar un poco la respuesta al interrogante planteado, en la medida en que ya no será cualquier Convenio que regule la materia el que desplace en forma automática la aplicabilidad de las normas de la Decisión, sino únicamente aquel respecto del cual sean parte todos los países involucrados en la respectiva operación de transporte el que tendrá tal vocación. De esta forma, se requeriría una ratificación en bloque de las Reglas de Rotterdam para evitar el desconocimiento de lo previsto por el régimen andino de transporte multimodal.

5. El Art. 26 de las Reglas de Rotterdam.

5.1. Generalidades

²² En efecto, el Art. 2 de la Decisión 331 señala que “[l]a presente Decisión se aplica a los Contratos de Transporte Multimodal, siempre que: a) El lugar estipulado en el Contrato de Transporte Multimodal en el que el Operador de Transporte Multimodal haya de tomar las mercancías bajo su custodia, esté situado en un País Miembro, o b) El lugar estipulado en el Contrato de Transporte Multimodal en el que el Operador de Transporte Multimodal haya de hacer entrega de las mercancías que se encuentran bajo su custodia, esté situado en un País Miembro”.

El artículo 26 de las Reglas de Rotterdam expresamente señala lo siguiente:

“Transporte precedente o subsiguiente al transporte por mar

*Cuando la pérdida o el daño de las mercancías, o el hecho o circunstancia que haya ocasionado el retraso en su entrega, se haya producido durante el período de responsabilidad del porteador, pero exclusivamente antes de ser cargadas las mercancías a bordo del buque, o exclusivamente después de ser descargadas las mercancías del buque, el régimen del presente Convenio no impedirá la aplicación de las disposiciones de otro **instrumento internacional** que, al producirse dicha pérdida o daño, o dicho hecho o circunstancia causante del retraso:*

- a) Se habrían aplicado, a tenor del propio instrumento, a la totalidad o a una parte de los actos del porteador en el caso de que el cargador hubiera celebrado con él un contrato separado directamente aplicable al segmento del transporte donde haya ocurrido la pérdida o el daño de las mercancías, o el hecho o la circunstancia causante del retraso en su entrega;*
- b) Regulen expresamente la responsabilidad del porteador, su limitación, o el plazo de que se disponga para el ejercicio de acciones; y*
- c) No puedan ser excluidas, a tenor del propio instrumento, por pacto contractual alguno, o no puedan serlo en detrimento del cargador” (negrita y subrayas fuera de texto).*

Varias son las afirmaciones que pueden hacerse a partir del texto literal del artículo 26 objeto de estudio. En primer lugar, como se ha dicho, debe señalarse que el Convenio pretende respetar la aplicabilidad que puedan tener otras normativas internacionales que regulen un trayecto unimodal inmediatamente anterior al cargue marítimo o posterior al descargue marítimo y así evitar un conflicto entre los dos regímenes jurídicos que puedan resultar aplicables. Lo anterior no obstante que el Art. 26 no es la única disposición del Convenio que tiende a establecer parámetros que buscan evitar un conflicto de leyes con otros órdenes normativos, puesto que el Art. 82 de las Reglas, aunque no está llamado a cumplir exactamente la misma función, también tiene algunas disposiciones en éste sentido²³.

²³ Anthony Diammond QC. “The Rotterdam Rules” (2009) LMCLQ, p. 453.

En segundo lugar, es pertinente resaltar que la posibilidad contemplada expresamente por el Art. 26 en comento fue restringida de dos maneras, a saber: de un lado, se requiere de la existencia de un *instrumento internacional* que pueda resultar aplicable al referido trayecto, por lo que normas domésticas que no ostenten tal carácter quedan automáticamente excluidas de tal situación²⁴ y no pueden desplazar las disposiciones de la Convención. De otro lado, para que vía Art. 26 pueda resultar aplicable otro *instrumento internacional* se requiere un daño “localizado”, esto es, saber *en qué trayecto ocurrió el daño* y adicionalmente, que tal daño haya ocurrido “*solamente*” antes o después del cargue²⁵.

En tercer lugar, tal situación de respeto por la aplicabilidad de esos otros regímenes sólo puede darse sobre la base que los mismos regulen expresamente la responsabilidad del transportador, los topes indemnizatorios y el tiempo con que cuenta el interés de la carga para ejercer válidamente la acción que corresponda. Además, se requerirá que dicha normativa no haya podido ser válidamente excluida o, cuando menos que no haya podido serlo en detrimento del cargador en el contrato.

En cuarto lugar, autorizados comentaristas han señalado²⁶ que, a su juicio, tal instrumento internacional sólo desplazaría al Convenio respecto de las disposiciones que incorpore en relación con “*la responsabilidad del transportador, topes indemnizatorios y el tiempo de prescripción de la acción y, siempre que tales disposiciones no puedan ser desplazadas del todo o en detrimento del cargador*”²⁷. Así las cosas, sería solamente respecto de dichos aspectos que las Reglas de Rotterdam darían paso a otro *instrumento internacional* para que el mismo resulte aplicable en dichas materias en los casos atrás descritos.

²⁴ En efecto la expresión “o norma de derecho interno” fue removida con dicha intención del texto del artículo. Ver documento A/CN.9/WG.III/W.P. 87 disponible en www.uncitral.org, consultado en agosto 2010.

²⁵ Anthony Diammond QC, Op. Cit., p. 456.

²⁶ En éste sentido, Ellen Eftenstol-Wilhelmsson. “The Rotterdam Rules in a Multimodal European Context”, Scandinavian Institute of Maritime Law, University of Oslo, paper in progress, p. 19, señala “*Art. 26 was, however, designed to avoid collision of conventions related to the carriers liability, limitation of liability and time for suit*”. Igualmente puede verse lo señalado por Christopher Hancock QC, “Multimodal Transport Under the Convention” en *An Analysis of the UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partially by Sea*, Lawtext Publishing Thomas, p. 43, al señalar que “*In essence, Article 26, provides that where the loss can be localised to a non-sea leg, certain provisions (but only certain provisions) of any mandatorily applicable unimodal convention for that leg/mode of transport will be incorporated by referente and will prevail over those of the Convention. Where loss cannot be localised, the Convention regime of liability will apply*”.

²⁷ Anthony Diammond QC, Op. Cit., p. 456.

5.2. El uso del concepto de “instrumento internacional” en vez del de “convenio internacional” en el Art. 26, ¿casualidad o diferenciación intencional de conceptos?

Un punto sobre el que vale la pena hacer un análisis más detallado es el del concepto de *instrumento internacional* usado por la Convención en el referido Art. 26, pues es justamente dicho concepto el que define su alcance. Al respecto, cabe señalar que dicho concepto no encuentra un desarrollo propio en el derecho internacional, a diferencia de lo que sucede con la acepción “tratado” o “convenio”. Es así como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su Art. 2 define el concepto de tratado como “*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (...)*” (subrayas fuera de texto). Como puede verse, la Convención de Viena no se refirió en forma expresa al concepto de *instrumento internacional*.

La pregunta entonces que habrá que realizar es si una Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones – como la Decisión 399 en materia de transporte internacional de mercancías – puede ser considerado un *instrumento internacional aplicable* desde el punto de vista del Art. 26 de las Reglas de Rotterdam.

Sobre el particular, sea lo primero señalar que, a nuestro juicio la respuesta es afirmativa. La justificación para lo anterior encuentra múltiples asideros. De un lado, como puede verse de lo señalado a propósito del estudio del efecto jurídico de las Decisiones de la Comunidad, tales regulaciones – en tanto son derecho comunitario derivado – tendrían los mismos efectos jurídicos en el orden interno de un convenio celebrado por el Estado Colombiano, esto es, tendrían prevalencia en el orden interno respecto de su aplicación y adicionalmente, su inobservancia podría comprometer la responsabilidad del Estado.

De otro lado, resulta fundamental tener presente que el Art. 26 de las Reglas de Rotterdam inicialmente no se refería al concepto de *instrumento internacional* sino a *convención*

internacional, en los mismos términos en que quedó expresado éste último concepto en el Art. 82 de las Reglas de Rotterdam. Así, el tenor literal del Art. 26 fue entonces modificado en dicho sentido para reemplazar el vocablo *convenio* por el de *instrumento*. En efecto, como puede verse de los trabajos preparatorios del Convenio, el término “Convenio” – originalmente usado por el pluricitado Art. 26 – fue cambiado por el de “instrumento” “*a fin de dar entrada a **todo** reglamento **imperativo** de alguna organización **regional***”²⁸ (negrilla fuera de texto). Debe destacarse que dicha modificación, entonces, no fue simplemente un capricho de los redactores del Convenio, ni mucho menos un error, sino que tal situación obedeció a que se quiso dar cabida por parte de los redactores del Convenio a cualquier orden normativo de carácter vinculante de alguna organización regional que cumpliera los otros requisitos del Art. 26 de las Reglas de Rotterdam.

La pregunta subsiguiente entonces, es si la Decisión 399 cumple los requisitos exigidos por el Art. 26 – más allá de la discusión de si es o no un *instrumento internacional* –, para que dicho *instrumento* pueda resultar aplicable desplazando así las normas de la Convención.

Son tres los requisitos básicos mencionados ya atrás los previstos por el Art. 26 del Convenio en éste sentido:

- a) Que dicho *instrumento* se habría aplicado a la totalidad o parte de los actos del porteador de haberse celebrado un contrato separado para el efecto que hubiere sido *directamente aplicable* al segmento de transporte donde ocurrió la pérdida, daño de mercancías o el hecho que originó su retraso (Art. 26.a). Sobre éste punto debe decirse en relación con la Decisión 399 que la misma sería de imperativa aplicación al tramo terrestre anterior al cargue o subsiguiente al descargue marítimo, si se hubiere celebrado un contrato separado para el efecto, siempre que *el transporte internacional de mercancías por carretera se efectúe entre países miembros – o en tránsito por sus territorios –* (Art. 5). Así las cosas, la Decisión cumple el referido parámetro cuando la operación de transporte tenga esas características.

²⁸ Documento A/CN.9/WG.III/WP.81, nota No. 88. Disponible en www.uncitral.org, consultado en agosto de 2010.

- b) Que dicho instrumento regule *expresamente* la responsabilidad del porteador, su limitación, o el plazo de que se disponga para ejercer las acciones (Art. 26.b). En relación con lo anterior, cabe destacar que la Decisión 399 de la Comisión, regula en forma expresa tanto la responsabilidad del porteador como su limitación en los casos por ella previstos (Capítulos VIII y IX), así como también el tiempo del que se dispone para ejercer las acciones (Art. 156). De esta forma la Decisión también cumple con la referida exigencia.
- c) Que sus normas no puedan ser excluidas de acuerdo con lo previsto por el *instrumento* por pacto contractual alguno, o que no puedan serlo en detrimento del cargador (Art. 26.c). El Art. 84 de la Decisión prevé que *“toda estipulación contenida en la CPIC [documento de transporte], en el contrato de transporte o en las cláusulas generales de contratación, que directa o indirectamente se aparte de las disposiciones establecidas en los Capítulos VII y IX, en especial si se estipula en perjuicio del transportista autorizado, remitente, consignatario o destinatario será nula y no producirá efecto alguno desde el momento de su expedición”* (subrayas y negrilla fuera de texto). Complementando lo anterior, los Arts. 89 y 90 de la Decisión establecen que la Decisión y sus normas complementarias son aplicables *al contrato de transporte*, y en lo no previsto allí, las normas nacionales del país miembro respectivo disponiendo además que las normas de los capítulos VIII y IX (que regulan todo lo relativo a las obligaciones y responsabilidades de las partes en la Decisión) se aplicarán *a todas* las reclamaciones que se dirijan contra el transportistas autorizado, *en relación con el cumplimiento del contrato de transporte*. De acuerdo con dichas normas podría decirse que la Decisión cumple la exigencia del Art. 26.c de las Reglas de Rotterdam. No obstante lo anterior, el Art. 152, de manera un tanto contradictoria, señala que *“[c]ualquier conflicto o diferencia derivados de la aplicación o ejecución de un contrato de transporte internacional, que no involucre normas de orden público de la presente Decisión, se regirá por la ley prevista en el contrato. A falta de pacto, se aplicarán las disposiciones de la presente decisión y sus normas complementarias y en lo no previsto por éstas, las normas de derecho nacional aplicable”*. Así las cosas, de acuerdo con dicha

disposición, siempre que no se involucren *normas de orden público de la Decisión* (concepto cuyo alcance la propia Decisión no establece ni tampoco se especifica si se hace referencia al orden público nacional o internacional)²⁹ la ley sustantiva aplicable a la eventual disputa será aquella que haya sido seleccionada por las partes en el contrato, todo lo cual no parece ir en consonancia con lo previsto en particularmente en el Art. 90 que establece, como atrás se relató, que *a todas las reclamaciones que se dirijan contra el transportista autorizado* se le aplicarán las normas de los Capítulos VIII y IX de la Decisión, esto es, las normas de responsabilidad civil contenidas en la misma. Adicionalmente, la Decisión tampoco prevé cuáles son – o cómo pueden ser determinadas - las normas de orden público de la Decisión, aunque parece lógico afirmar que, dado el tenor literal del Art. 84, esto es, aquel que prevé que toda estipulación en contrario será considerada *nula y no producirá efecto*, dicha previsión deberá ser considerada como una norma de orden público de la Decisión y, por tanto, inderogable de acuerdo con su propio tenor literal por los particulares. Así las cosas, la solución a la que parece lógico arribar es que, al margen que la Decisión permita cierta libertad respecto de la elección de ley sustantiva aplicable a las disputas, en todo caso cualquier estipulación contractual en detrimento de lo previsto en la misma para el cargador, estará proscrita, razón por la cual parece lógico concluir que la Decisión cumple también a este respecto el requisito previsto por el Art. 26 del Convenio.

En vista de lo anterior podría decirse que la Decisión cumple con los diferentes parámetros previstos en el Art. 26 y que podría ser una normativa unimodal que entrara a desplazar las normas de la Convención en los casos en que, acaeciendo el daño o pérdida, o el evento que generó el retraso, antes del cargue marítimo o después del descargue marítimo, se efectuara un transporte carretero internacional. Así las cosas, en tanto la Decisión no entraría en conflicto ni sería “desplazada” por una eventual ratificación de las Reglas de Rotterdam por

²⁹ Por ejemplo, no se establece si la referencia hecha al concepto de “orden público de la presente decisión” debe entenderse hecha como una remisión al concepto de orden público interno del país miembro respectivo, o si por el contrario, dado el carácter internacional de la Decisión, se hace referencia es al concepto de orden público internacional.

los países miembros de la Comunidad Andina, difícil sería pensar que se podría generar algún tipo de responsabilidad para el Estado respectivo por dicho concepto.

6. Principales características de la Decisión 399 de la Comunidad Andina.

Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo comentado anteriormente, la Decisión 399 es uno de los regímenes de transporte que a nivel de la subregión andina podría llegar a desplazar las normas de las Reglas de Rotterdam en la hipótesis prevista en el Art. 26, resulta conveniente el análisis del esquema de responsabilidad civil del transportador que dicha normativa trae a efectos de examinar su alcance en contraste con el de las Reglas de Rotterdam.

Lo primero que debe señalarse es que la Decisión 399, actual normativa andina sobre contrato de transporte terrestre internacional, reemplazó un primer esfuerzo comunitario por regular la materia a nivel de la subregión efectuado en la Decisión 257 de la Comisión. Sobre la Decisión 399 es pertinente realizar los siguientes comentarios:

6.1. Generalidades del Régimen previsto en la Decisión 399.

- 1.) El Art. 1 de la Decisión indica que se entenderá por “transporte internacional de mercancías por carretera” *“el porte de mercancías que, amparadas en una Carta de Porte Internacional por Carretera y un Manifiesto de Carga Internacional, realiza el transportista autorizado en vehículos habilitados y en unidades de carga, debidamente registrados, desde un lugar en el cual las toma o recibe bajo su responsabilidad hasta otro designado para su entrega, ubicados en diferentes Países Miembros”*. Lo anterior es complementado por lo señalado en el Art. 5 de la Decisión que señala que el *transporte internacional de mercancías por carretera* se regirá por la Decisión siempre que dicho transporte se efectúe entre países miembros o en tránsito por sus territorios.
- 2.) No obstante lo anterior, de acuerdo con el mismo artículo primero de la Decisión se entenderá por “contrato de transporte internacional de mercancías por carretera” *“el*

acto o negocio jurídico por medio del cual el transportista autorizado se obliga para con el remitente, y por el pago de un flete, a ejecutar el transporte de mercancías por carretera, desde un lugar en que las toma o recibe, hasta otro de destino señalado para su entrega, ubicados en diferentes países miembros” (subraya fuera de texto). Así las cosas, para que se entienda que el contrato estará regido por la Decisión, lo que parece determinante es que una persona (transportador) se obligue para con otra (remitente) a movilizar los bienes por carretera desde un punto de origen y hasta un punto de destino ubicados en **dos países miembros diferentes**.

- 3.) De otro lado, de acuerdo con el la Decisión, el ámbito de aplicación de sus normas se contrae a lo siguiente (Art. 5): i) al transporte internacional por carretera (de acuerdo con la definición del Art. 1, comentada arriba) efectuado entre países miembros o en tránsito por sus territorios, o ii) cuando el vehículo transportado y la unidad de carga sean transportados, durante un tramo determinado y sin que se efectúe la descarga de las mercancías, por otro medio de transporte, ya sea marítimo, fluvial, lacustre o terrestre, cuyo uso sea necesario para continuar con el transporte internacional³⁰.

6.2. El régimen de responsabilidad del transportador de la Decisión 399, un paralelo con las Reglas de Rotterdam.

- 1.) Bajo el régimen de la Decisión en comento, el transportador será responsable de la pérdida o *deterioro* de las mercancías, o del retraso en su entrega, siempre que se pruebe que la causa de tal evento ocurrió dentro del periodo de responsabilidad del transportador, *“a menos que pruebe que él adoptó todas las medidas que*

³⁰ Vale la pena mencionar que lógico sería entender que tal disposición contenida en ii) no se refiere a medios de transporte sino a modos de transporte, y que, de otro lado, al hacer referencia al uso de otros modos dicho trayecto debe ser también dentro del territorio de la subregión o, por lo menos, manteniendo el punto de origen y de destino en territorios de países miembros. Adicionalmente, de acuerdo con el Art. 6 de la Decisión, las normas de la misma también se aplicarán *“cuando la tripulación, con los vehículos habilitados y unidades de carga, contenedores y tanques, se trasladen sin mercancías desde un País Miembro a otro para iniciar o continuar una operación de transporte internacional, o retornen de a su país de origen luego de haber concluido”*.

razonablemente podían exigirse para evitar el hecho o sus consecuencias” (Art. 100)³¹.

- 2.) No obstante lo anterior, la Decisión prevé específicamente que respecto del **deterioro** que puedan sufrir las mercancías mientras estén bajo la custodia del transportador (pero no la pérdida de las mismas o retraso) tal situación será “*imputable a éste*”, salvo que tenga origen en una de las siguientes causas: *i) error o negligencia del remitente, ii) inadecuado embalaje, iii) vicio propio de los productos transportados, iv) caso fortuito o fuerza mayor; v) manipuleo; vi) embarque o desembarque de las mercancías realizado por el remitente o destinatario; vii) huelgas u otro obstáculo al transporte que no sea el resultado de acción u omisión del transportista autorizado, sus empleados, contratados, agentes o por hechos de terceros*; teniendo la carga de probar tal evento el transportista que pretenda beneficiarse de la situación respectiva (Art. 101).
- 3.) De la redacción de las normas transcritas podría válidamente afirmarse que existen pues, dos caminos o vías para que el transportador pueda exonerarse bajo el esquema de la Decisión: a) respecto de pérdidas, deterioros o retrasos en la entrega, deberá acreditar una *causa extraña*, aportando para el efecto una prueba de causalidad, de un lado y, de otro, una prueba de no imputabilidad del evento identificado como causa del daño (extrañeidad del evento) que le permita exonerarse de responsabilidad³², o b) recurriendo, en lo que atañe a deterioro de mercancías únicamente, a la vía en la que parece que el transportador sólo requeriría acreditar una prueba de causalidad para decir que el daño *no le es imputable*, en tanto le bastaría acreditar que el “deterioro” se produjo como consecuencia de uno de los eventos nombrados en el Art. 101 para que el daño deje de serle imputable.

De otro lado, el Art. 148 de la Decisión se ocupa nuevamente – a nuestro juicio de una manera antitécnica – de las causales eximentes de responsabilidad del

³¹ De antemano cabe señalar que dicho esquema guarda similitud con el planteado en las Reglas de Rotterdam en el Art. 17.2. del Convenio que prevé que el transportador se exonera cuando el evento que determinó el daño, pérdida o retraso de las mercancías acaeció sin su culpa ni la de las personas por las cuales está llamado a responder.

³² En este sentido se pueden ver los comentarios de José Vicente Guzman sobre el régimen de exoneración del transportador en el esquema general colombiano y en el previsto por las Decisiones 331 y 393 en materia de transporte multimodal. José Vicente Guzman. *Contratos de Transporte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 136, 317 y 318.

transportador. Dicha norma señala que “no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores” el transportista “no será responsable de la pérdida total o parcial, del deterioro, así como de la falta o del retraso en la entrega de las mercancías transportadas, si prueba que el hecho que ha causado tales pérdida, deterioro, falta o retraso en la entrega ha sobrevenido durante ese transporte por: a) acto u omisión del remitente, consignatario o de su representante o agente, b) insuficiencia o condición defectuosa del embalaje, marcas o números de las mercancías, c) manipuleo, embarque, desembarque, estiba y desestiba de las mercancías realizadas por el remitente, el consignatario o por sus representantes o agentes, d) vicio propio u oculto de las mercancías; e) fuerza mayor o caso fortuito; f) huelga, paro patronal, paro o trabas impuestas total o parcialmente en el trabajo y otros actos fuera del control del transportista autorizado, debidamente comprobado, g) circunstancias que hagan necesario descargar, destruir o hacer inofensiva, en cualquier momento o lugar, las mercancías cuya peligrosidad no haya sido declarada por el remitente, h) transporte de animales vivos, siempre que el transportista pruebe que cumplió con todas las instrucciones específicas que le proporcionó el remitente, i) mermas normales producto del manipuleo o naturaleza propia de las mercancías”.

Como puede verse, la norma transcrita de alguna manera replica algunas de las causales ya previstas de manera específica para el caso de *deterioro* de las mercancías en el Art. 101, pero no sólo se refiere a dicha hipótesis, sino también a la *pérdida* de las mismas o *retraso* en su entrega. Así, este sistema, poco ortodoxo por decir lo menos, parece implicar que respecto de los eventos contemplados por las causales del Art. 148, que también serían aplicables al caso de los eventos de *pérdida total o parcial* y de *falta o retraso en la entrega*, el transportador sólo tendría que aportar la prueba de causalidad (como tenía ya la facultad respecto de los eventos nombrados en el Art. 101 en los casos de deterioro atrás comentados), esto es, la prueba de que el daño sobrevino como consecuencia de uno de los eventos referidos específicamente por el artículo, sin requerir, para exonerarse en dichos casos, la prueba de no imputabilidad que tendría que aportar en el resto de eventos bajo el esquema previsto en el Art. 100, atrás comentado.

Vale la pena señalar que el sistema descrito parece confuso pues la dispersión de causales eximentes puede guiar al interprete a encontrar diversas fuentes de causales exonerativas del transportador dependiendo del artículo que pretenda aplicar para el efecto³³. Ahora bien, aunque el esquema de causales exceptivas previsto en el Art. 148 de la Decisión guarda similitud con el esquema previsto en el Art. 17.3 de las Reglas de Rotterdam, pues se puede decir que las causales previstas en los literales a), e), g), h), i), j), k), y o) de las Reglas quedarían cubiertas también en el Art. 148 referido, lo cierto es que el esquema mediante el cual el transportador se eximiría de responsabilidad en los dos regímenes, esto es, las Reglas de Rotterdam de un lado, y la Decisión 399 de otro (vía Art. 26 de las Reglas de Rotterdam), presentaría algunas diferencias que merecen ser comentadas.

De un lado, no exactamente los mismos eventos son contemplados *vis-a-vis* por los dos regímenes como causales exceptivas del transportador³⁴ aunque eso es justamente lo que pretende el Art. 26 de las Reglas de Rotterdam: que sea aquel instrumento internacional que normalmente regularía ese trayecto terrestre o aéreo, con su propio esquema de responsabilidad civil, el que rija la responsabilidad del transportador cuando el daño se haya localizado y este haya ocurrido exclusivamente antes del cargue marítimo o después del descargue marítimo. Sin embargo, es necesario tener presentes estas diferencias para garantizar certeza en la determinación del riesgo legal en la operación de transporte.

De otro lado, la Decisión 399 menciona como causal exceptiva en el literal f) “otros actos fuera del control del transportista autorizado”, con lo que se podría estar abriendo una gran puerta para que cualquier otro evento no expresamente

³³ Si bien el régimen de la Decisión pudo haber estado inspirado en el Convenio CMR en Europa, a nuestro juicio el régimen de la Decisión plantea igualmente diferencias con el planteado para regular la responsabilidad del transportador en dicho instrumento.

³⁴ Al respecto debe notarse que eventos propios del transporte marítimo tales como los “riesgos, peligros y accidentes de mar” (Art. 17.3.b), así como otros no necesariamente propios del transporte marítimo, como “medidas razonables para evitar o tratar de evitar daños al medio ambiente” (Art. 17.3.n) quedarían por fuera del listado de eventos exceptivos cubiertos por la Decisión 399 y, por tanto, no estarían disponibles al transportador como causales eximentes bajo dicho régimen. Además, no se menciona en la Decisión la causal eximente de “guerras, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos”, aún cuando podría alegarse que tales eventos quedan cubiertos con la expresión “y otros actos fuera del control del transportista autorizado, debidamente comprobado”, mencionada en la causal f) del Art. 148 de la Decisión 399.

contemplado en la norma respecto del cual el transportador pueda válidamente alegar no tener o haber tenido su *control* le permitan exonerarse de responsabilidad, más aún cuando no parece estar completamente claro lo que significa que tal situación haya estado bajo “su control”.

De hecho, contrasta el que en las Reglas de Rotterdam bajo el Art. 17 el transportador se pueda exonerar bien haciendo uso de las causales consagradas en su favor o bien, sin necesidad de recurrir a ellas, cuando demuestre que la causa o una de las causas de la pérdida o daño de las mercancías o el retraso en la entrega *no es imputable a su culpa* o a la de las personas por las que esté llamado a responder. No obstante lo anterior, el que pueda demostrar que no tuvo culpa en el evento que causó el daño será algo muy parecido a lo previsto por el Art. 100 de la Decisión que permite que el transportador se exonere (aportando las dos pruebas, de causalidad y de no imputabilidad) mediante la prueba de que *adoptó todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho o sus consecuencias*, en síntesis, *sin su culpa*.

De otro lado, el Art. 149 de la Decisión dispone que si una de las causales *de exoneración* del Art. 148 – pero **no** de las del Art. 101 -, concurre con un hecho u omisión del transportista autorizado que sea causa de la pérdida, deterioro, falta o retraso en la entrega, ello no implica que el transportador no pueda hacer uso válido y efectivo de la causal (como sería el caso a la luz del sistema de causales consagrado por las Reglas de Rotterdam Art. 17.4.a), sino que sólo le sería imputable en la medida en que tal situación se pueda imputar a la conducta del transportador.

Vale la pena resaltar que las causales de exoneración, así como los topes indemnizatorios no estarán disponibles al transportador (y de acuerdo con el tenor del Art. 150, ello sí incluiría las causales del Art. 101) si se logra acreditar que el deterioro, daño, pérdida o retraso en la entrega proviene de una conducta imputable al transportador, *realizada con intención de causar tal pérdida, deterioro, retraso o*

temerariamente a sabiendas de que probablemente sobrevendría tal pérdida, deterioro, falta o retraso.

- 4.) En relación con la responsabilidad del transportador por demoras en la entrega de las mercancías, la Decisión prevé que hay *retraso* en la entrega, cuando las mercancías no son entregadas dentro del plazo previsto en el contrato o si no se estipuló plazo, dentro *de aquel que sea razonable exigir, teniendo presente las circunstancias del caso* (Art. 103). Así las cosas, a diferencia de lo que sucede bajo las Reglas de Rotterdam que sólo consagra dicho tipo de responsabilidad cuando se ha pactado un plazo, bajo la Decisión puede haber responsabilidad por *retraso en la entrega* incluso si no se ha estipulado un plazo específico en el contrato para la entrega de las mercancías.
- 5.) De otro lado, la Decisión también se ocupa de regular los topes indemnizatorios en la Sección Cuarta al referirse a los *límites de responsabilidad*. En efecto la Decisión prescribe que si el transportador con arreglo a las disposiciones de la misma está llamado a pagar una indemnización, *“la misma se determinará de acuerdo al precio de éstas fijado en la CPIC o en el contrato de transporte”* (Art. 140). Al parecer, tal referencia la hace la Decisión con el objeto que para efectos de la indemnización se observe el criterio del valor declarado de las mercancías, cuando dicho valor sea insertado en el documento de transporte (CPIC) o en otro documento que *refleje* el contenido del negocio jurídico celebrado entre las partes.

No obstante lo anterior, la Decisión también prevé – como resulta apenas lógico – una solución para el caso en que el remitente/cargador no ha señalado un valor declarado de las mercancías. En efecto, la Decisión establece (Art. 141) que si no se ha establecido un *precio* o “valor declarado”, *y no exista documento de transporte para determinarlo*, dicho valor se establecerá *“según su precio en el lugar y momento de la entrega al consignatario o en el lugar y momento en que, de conformidad con el contrato de transporte, debieron haber sido entregadas”* (Art.

141)³⁵. Ahora bien, si no es posible determinar el *precio* conforme a los parámetros atrás anotados, el *valor* de las mercancías, sigue la Decisión, no podrá exceder de 3 USD por kilogramo de peso bruto transportado (Art. 142).

Cabe resaltar, de un lado, que de acuerdo a la Decisión los topes indemnizatorios previstos para el caso en que no se declara el valor de las mercancías no apuntan a fijar el monto respectivo con parámetros que no permitan su desactualización (como lo es en el caso del uso de los Derechos Especiales de Giro (DEG's) utilizados normalmente en convenios internacionales que regulan contratos de transporte como el las Reglas de Rotterdam); segundo, que para establecer las variables a que se debe atender a efectos de establecer el tope de la indemnización en los casos en que no hay valor declarado únicamente se tiene en cuenta la variable peso, dejando de lado otra variable muy común en este tipo de regulaciones y también recogida por las Reglas de Rotterdam, esto es, la variable volumen; y tercero, el régimen tiene la particularidad de establecer el deber de recurrir al documento de transporte – no existiendo declaración de valor propiamente dicha – para ver si a través de la información allí contenida es posible establecer “el precio” de las mismas, elemento que de dicha forma jugaría un papel trascendental en la determinación del *quantum* de la indemnización que estará a cargo del transportador. Sin duda, el tema del tope indemnizatorio será uno de los puntos más sensibles para las partes en tratándose de un remplazo de la ley aplicable a la eventual disputa.

En lo que tiene que ver específicamente con la indemnización de *demora* la Decisión establece que, tal indemnización no podrá sobrepasar el valor del *flete* pagado por el transporte, “*salvo que las partes expresamente hubieren convenido uno mayor*” (Art. 143). Adicionalmente, para que proceda el pago de la indemnización a este respecto, es necesario que dentro de los treinta días siguientes a la entrega de las mercancías el destinatario notifique por escrito tal situación al

³⁵ El párrafo segundo del Art. 141 dispone lo siguiente “*Para tal efecto, su precio se determinará con arreglo a la cotización internacional vigente o, si no se dispusiese de esa cotización, según el valor usual de las mercancías de igual o similar naturaleza o calidad en el lugar y en el momento en que, de conformidad con el contrato de transporte, debieron haber sido entregadas*”.

transportador o a su agente, si dicho agente realizó la entrega de las mercancías (Art. 144).

7. Conclusiones

Como puede verse, el régimen previsto por la Decisión 399 plantea un régimen integral del transporte terrestre internacional de mercancías en el área de la subregión, régimen que de conformidad con lo ya señalado, tendría la vocación de desplazar eventualmente el régimen de responsabilidad del transportador previsto en las Reglas de Rotterdam en ciertos casos en virtud de lo previsto en el Art. 26 de dicho cuerpo normativo.

No obstante lo anterior, del examen de las disposiciones de la Decisión 399 se puede afirmar que el esquema planteado por tal regulación no en todos los casos es claro. Valga al respecto recordar lo mencionado en relación con las causales eximentes del transportador bajo el esquema de la Decisión. La complejidad atrás expuesta de sus normas, hacen pensar que una revisión de tal normatividad podría resultar conveniente teniendo en cuenta que la Decisión podría llegar a aplicarse a escenarios de transporte multimodal si las Reglas de Rotterdam fueran ratificadas por los países miembros de la Comunidad Andina en tráficos que incluyan una fase internacional marítima.

Dicha revisión se hace conveniente ante una eventual ratificación del Convenio, pues resulta fundamental tener claro el régimen jurídico aplicable a una eventual disputa en casos de daños antes del cargue o después del descargue, en un tramo terrestre internacional dentro de la subregión para dar certeza jurídica a los interesados (particularmente al transportador internacional).

Cabe resaltar igualmente que de acuerdo con lo previsto por la Decisión (Art. 8), “[e]l transporte internacional que efectúen transportistas de terceros países por el territorio de uno o más Países Miembros, se regirá por las normas nacionales de cada uno de los

Países Miembros por los cuales se transite o por lo establecido en los convenios internacionales vigentes". Lo anteriormente transcrito plantea serios interrogantes pues dicho artículo parece abrir la posibilidad de que cuando quien asume la calidad de transportador dentro del contrato sea una persona natural o jurídica de un tercer país, esto es, por ejemplo, una sociedad comercial domiciliada en un país diferente a aquellos que son miembros del acuerdo subregional andino (situación que puede ser bastante común), la norma sustantiva aplicable a una eventual disputa sea la norma correspondiente a aquella del país andino respectivo – norma interna en todo caso, no la Decisión -. Así las cosas, esta norma, parece crear una gran puerta para la inaplicación de la Decisión 399, ya que basta con que la persona (transportador) tenga una sede o domicilio en un país no miembro de la Comunidad Andina, para que por dicha vía se inaplique el *instrumento internacional*, léase Decisión 399, y se dé paso a la aplicación de la normativa local correspondiente. En efecto, dicha norma plantearía un nuevo cuestionamiento en el análisis que tiende a establecer si la Decisión cumple a cabalidad los requisitos del Art. 26 de las Reglas de Rotterdam, en particular, del Art. 26.c, pues podría pensarse que permite desplazar en éste caso las pautas de la Decisión a favor de la ley local del país respectivo, quedando pendiente el interrogante de si se puede decir que desde ese punto de vista se aplicaría dicha norma local aún en detrimento de lo previsto en la Decisión a favor de los cargadores. Son precisamente esta clase de incertidumbres las que deberían ser eventualmente removidas de un esquema internacional de transporte ante una eventual estudio de ratificación de las Reglas de Rotterdam por los países de la región.

Igualmente es pertinente destacar que de acuerdo con el párrafo segundo del Art. 17 de la Decisión, cada país miembro podrá en conocimiento de los otros países miembros y de la junta del Acuerdo de Cartagena, "*cualquier firma, ratificación de acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales suscritos con otro País Miembro o con terceros países, o de denuncia de los mismos, relacionados con el transporte internacional de mercancías por carretera*". Si bien las Reglas de Rotterdam no son, en esencia, un convenio relativo a transporte de mercancías por carretera, lo cierto es que en tanto se ocupa también, o mejor, puede resultar aplicable su esquema normativo a un trayecto carretero antes del cargue o después del descargue marítimo (en el caso en que no haya *un instrumento internacional*

que cumpla los parámetros del citado Art. 26), todo parece indicar que debería ser un Convenio respecto del cual se cumpla con el requerimiento antedicho y se comunicó por tanto su eventual ratificación a los demás países miembros de la Comunidad.

Por último, es pertinente resaltar que, si bien las Decisiones 331 y 393 sobre transporte multimodal desde o hacia la subregión no tendrían un papel desde la óptica del Art. 26 de la Reglas de Rotterdam, lo cierto es que dado lo previsto en ellas, convendría adoptar una acción “en bloque” de los países de la comunidad a efectos de evitar un conflicto de leyes entre los dos regímenes.