

FLETAMENTO POR VIAJE Y TRANSPORTE EN REGIMEN DE CONOCIMIENTO; PROBLEMATICA JUDICIAL*

Rafael Matilla Alegre

Sumario: A) FLETAMENTO POR VIAJE Y TRANSPORTE EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE.—B) JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. a) Interés del tema. b) Ley Orgánica del Poder judicial. 1. Precedentes. 2. Fueros en materia contractual. 3. La sumisión como fuero. c) Convenio de Bruselas de 1968. d) Medidas cautelares; tratado sobre embargo preventivo de buques y competencia internacional. e) Contrato compromisorio y jurisdicción internacional. f) Competencia internacional y actos de jurisdicción voluntaria.—C) LEY SUSTANTIVA.—D) APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DEL CONVENIO DE BRUSELAS SOBRE TRANSPORTE EN RÉGIMEN DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. a) En el orden internacional. b) En función del documento contractual. 1. Conocimiento de embarque, concepto. 2. Documentos similares al conocimiento. 3. Otros documentos. c) Otros supuestos de inaplicabilidad. d) Normativa vigente en Derecho español.—E) CARACTERÍSTICAS DE ESTA NORMATIVA ESPECIAL. a) Incompleta. b) Parcialmente imperativa. c) Un compromiso, aunque favorable para el porteador. d) De aplicación preferente e interpretación como normas internacionales.

A) Fletamento por viaje y transporte en régimen de conocimiento de embarque

Sobre el transporte de mercancías por mar hay en nuestro Ordenamiento jurídico dos grupos de normas: de un lado, las normas del Código regulando el contrato de fletamento, unas recogidas en el título expresamente dedicado al mismo (arts. 652 a 692 y 706 a 718), y otras no inclui-

* Texto de la ponencia defendida en el curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial para 1993, el 12 de mayo de dicho año. Se recoge, pues, tal como fue defendida; en un momento en que no había entrado en vigor el Convenio de Roma.

das en dicho título, como son las que se refieren a las personas que intervienen en el comercio marítimo (arts. 586 a 651); y, de otro, las que regulan el transporte internacional de mercancías por mar en régimen de conocimiento de embarque que son la ley de 22 de diciembre de 1949, incorporando las normas del Convenio de Bruselas de 1924, y, ahora, modificado éste por los Protocolos de Bruselas de 23 de febrero de 1968 (Reglas de Visby) y de Londres de 21 de diciembre de 1979, estos Protocolos de 1968 y 1979.

Unas normas, que son aplicables respectivamente: las primeras, al contrato de fletamento por viaje; las segundas al transporte de mercancías (que no sea de cabotaje) documentado en un conocimiento de embarque o título semejante. El fletamento por viaje, como contrato caracterizado porque el fletante, a cambio de un flete, se compromete a poner un buque determinado a disposición del fletador (total o parcialmente); a llevar a efecto uno o varios viajes y a transportar el cargamento o cargamentos correspondientes, y el transporte internacional de mercancías, como contrato de transporte de mercancía documentado en un conocimiento o título semejante, en que el porteador se obliga, a cambio de un flete, a transportar por mar unas determinadas mercancías. Unas y otras, en definitiva, al transporte de mercancías por mar.

Este régimen jurídico especial aplicable al transporte internacional de mercancías documentado en un conocimiento de embarque tiene su origen, como es sabido, en el Convenio de Bruselas de 1924 (Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque). Este Convenio, con relación a las obligaciones y responsabilidad del porteador, supone un régimen jurídico inderogable, consecuencia de un compromiso internacional entre cargadores y navieros. Un convenio que se hizo necesario en el tráfico de línea (donde es usual que el contrato se documente en un conocimiento) en que se transportan las mercancías de una pluralidad de cargadores a quienes se imponen las condiciones contractuales, con mucha frecuencia fijadas por las conferencias marítimas, para impedir la aplicación del régimen contractual que se había hecho usual por imposición de los navieros que incluían todo tipo de cláusulas de irresponsabilidad. Un régimen jurídico que se aplica, asimismo, cuando el contrato se documenta en una póliza y se extiende conocimiento de embarque, a las relaciones entre el tenedor de éste y el fletante.

Este régimen jurídico específico ha sido sustituido, para los países en que han entrado en vigor, por las Reglas de Hamburgo aprobadas en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en dicha ciudad en 1978; un Convenio que fue suscrito por España, pero que no ha sido ratificado hasta el momento. Estas reglas están a un reparto de riesgos y a una or-

denación jurídica más favorable para los cargadores, y para los países en que predominan estos intereses como son los no desarrollados, que el Convenio de Bruselas y, a la hora de delimitar su ámbito de aplicación, al formular la norma general, prescinden del criterio documental y se atienen a la naturaleza del contrato, transporte o fletamento como contratos diferenciados.

Y se ha entendido que este régimen jurídico derivado del Convenio de Bruselas es un régimen especial que se aplica únicamente en la medida en que concurren los presupuestos a los que se hará referencia más adelante (y, entre ellos, que no se trate de un tráfico de cabotaje) y el del Código relativo al fletamento, el régimen general. Y, de ahí, que se haya dicho que el fletamento comprende todas las formas de cesión retributiva de un buque como medio de transporte (Garrigues).

Pero, en realidad, nuestro Ordenamiento jurídico no regula determinados contratos de utilización del buque que son usuales en el tráfico marítimo actual: los contratos de arrendamiento y el fletamento en *time charter*. Los primeros, como contratos en que el arrendatario pasa a explotar el buque como naviero; como contratos que suponen, en terminología anglo-sajona, la *demise* del buque, unas veces de un buque no armado ni equipado, otras de un buque armado y equipado; contratos de arrendamiento de un bien productivo o de un establecimiento empresarial o empresa, respectivamente, que permiten el abanderamiento provisional del buque en el país del arrendatario...; y el fletamento en *time charter* como contrato en que el armador se compromete durante un tiempo a llevar a efecto los viajes que le indique el fletador; un fletador que adquiere la gestión comercial del buque, la facultad de explotarlo comercialmente en nombre propio y por su cuenta. (Contratos aquéllos y éste que no siempre son calificados en todos los Ordenamientos jurídicos de arrendamiento y fletamento respectivamente)

Y por tal razón, y porque no se han actualizado las normas del Código de Comercio referentes al fletamento por viaje, que se haya dicho que no hay sino una apariencia de regulación y una laguna legal. (Girón Tena: *Problemas en torno al estado actual de nuestra legislación marítima*, Bilbao, 1975).

Pues bien, con relación a estos contratos de fletamento por viaje y de transporte en régimen de conocimiento (y a la situación actual de nuestra legislación y prescindiendo por tanto del Anteproyecto de estos contratos), vamos a enunciar algunos de los problemas usuales ante los órganos jurisdiccionales (los que parecen del mayor interés) y, en lo posible, a indicar criterios doctrinales y jurisprudenciales que se hayan mantenido con relación a ellos, y, a veces, las menos, y no puede ser de otro modo, los criterios personales del autor.

B) Jurisdicción de los Tribunales españoles

a) *Interés del tema*

Una de las notas características del Derecho Marítimo, que destaca siempre la doctrina maritimista, es que sus normas son preferentemente internacionales y que lo son como una exigencia de las condiciones en que se desarrolla la navegación; el Derecho Marítimo ha recobrado de este modo un carácter que tuvo en su proceso formativo y que perdió en gran parte en la época codificadora.

Este carácter internacional se da usualmente en el fletamento y transporte de mercancías por mar, y en las relaciones contractuales a que dan lugar, que son habitualmente internacionales (en la Ley de 24 de noviembre de 1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, se dice que el 86% del total de las importaciones y el 68% de las exportaciones españolas pasan por nuestros puertos y, en lo que hace a la flota civil española, que en 1990 realizó un 27,6% de las importaciones y un 12,8% de las exportaciones). Estos contratos dan lugar, pues, y por lo mismo, a litigios y procesos con elementos de extranjería, de tráfico externo, que plantean dos problemas específicos a los que hemos de referirnos necesariamente: en primer término, un tema de competencia judicial internacional, o en terminología más adaptada a la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Convenio de Bruselas de 27 de setiembre de 1968, de extensión y límites de la jurisdicción nacional (y de los Tribunales de los restantes países), de la jurisdicción como primer presupuesto del proceso; y, un segundo más sustantivo que procesal, de Derecho Internacional Privado, concretar el Ordenamiento jurídico sustantivo aplicable, que no ha de ser necesariamente, a diferencia de la normativa procesal (art. 8, 2 C.c.), el del juez con jurisdicción y competencia en el proceso.

El Convenio de Bruselas de 1924, la Ley española de 1949 y el Protocolo de Reforma de aquél de 1968 contienen normas específicas que concretan y precisan sus ámbitos de aplicación respectivos (a las que se hará referencia en su momento), pero no se refieren a los aspectos jurisdiccionales. No así, sin embargo, las Reglas de Hamburgo, que abordan con la debida separación ambos temas: de un lado, los aspectos jurisdiccionales, en los artículos 21 y 22, éste, con referencia a la cláusula de arbitraje, y, de otro, su ámbito de aplicación (art. 2), éste en la línea de las normas anteriores aunque modificándolas y perfeccionándolas una vez más.

Sometido a información el Proyecto de Convenio que dio lugar a las Reglas de Hamburgo, varios países pidieron la supresión del artículo 21 (Doc. Observaciones y propuestas sobre... A/conf. 89/8).

b) *Ley Orgánica del Poder Judicial*

Los límites en el ejercicio del poder jurisdiccional de los jueces y Tribunales españoles (y la jurisdicción, en este aspecto al menos, como primer presupuesto procesal) están expresamente regulados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, en los artículos 21 y 22.

Con estos preceptos de la Ley Orgánica, el Ordenamiento jurídico español queda integrado en el sistema denominado latino, que es el de las legislaciones que contienen normas específicas al respecto, a diferencia de las que forman el grupo germánico en las que esta delimitación se hace, ante la inexistencia de normas específicas, por aplicación de los preceptos generales sobre competencia territorial.

1. Precedentes

De este modo, se ha superado el sistema anterior basado sobre todo en la interpretación del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; un precepto en el que hay una declaración general pero no normas concretas delimitadoras de los límites jurisdiccionales, que dio lugar a dos tendencias interpretativas diferentes: la que se denominó tradicional, que aplicaba al respecto determinados artículos del fuero de extranjería (que había sido derogado por la publicación del Código Civil), y otra que se calificó de moderna, que estaba básicamente al menos a las normas delimitadoras de la competencia territorial.

(Entre aquéllos puede verse por todos Guasp: *Comentarios a la L.e.c.*, 1945. Entre éstos, Cortés Domínguez: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981. Miaja de la Muela: *Competencia de los Tribunales internos en litigios con elementos internacionales*, R.J.Cat., 1981. Prieto Castro: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona 1985; y, al propio Guasp, que rectificó su criterio, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956. A una posición un tanto ecléctica está Recondo: *Lecciones de Derecho Procesal Civil internacional*, Bilbao 1981.)

2. Fueros en materia contractual

En lo que se refiere a contratos y obligaciones contractuales, y, por tanto, a las de fletamento y transporte de mercancías por mar, las líneas básicas del sistema de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son las siguientes:

Hay en primer término una declaración formal de plenitud de la jurisdicción española para entender de los litigios que se susciten en España con independencia de la nacionalidad de los litigantes en términos se-

mejantes a los del art. 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero ahora con ciertas matizaciones sobre límites, sobre todo, dando la debida primacía a la reglamentación internacional (arts. 4 y 21)

Y, luego, una enumeración de fueros que son, en lo que hace al orden civil, los siguientes (art. 22).

- a) Los fueros que atribuyen competencia exclusiva a los Jueces y Tribunales españoles (art. 22, 1.º).
- b) Determinados fueros particulares en materia de contratos celebrados por los consumidores y de seguros (art. 22, 4.º); supuestos ambos que no son de interés directo a nuestros fines.
- c) Como fueros generales, la sumisión expresa o tácita a los Juzgados o Tribunales españoles y que el demandado tenga su domicilio en España (art. 22, 2.º) y un conjunto de fueros especiales que, en materia de obligaciones contractuales, son que éstas hayan nacido o deban cumplirse en España (art. 22, 3.º)

Estos fueros generales y especiales, en opinión doctrinal común, son fueros electivos. Consecuentemente, en lo que hace a los contratos de fletamento y transporte de mercancías por mar, habrá jurisdicción de los Jueces y Tribunales españoles: cuando haya sumisión expresa o tácita a un Juez español competente objetivamente, y una sumisión válida con arreglo a las normas procesales españolas (art. 8 C.c.); cuando el demandado tenga su domicilio en España y cuando los contratos se hayan celebrado en España o las obligaciones deban cumplirse en territorio español.

Estos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial precisan los límites de la jurisdicción española (o del ejercicio de ésta); la competencia de los Jueces y Tribunales españoles en relación a los Jueces y Tribunales extranjeros... y, en principio, no parecen aplicables sino en los procesos con elementos de extranjería. Pero están formulados en términos generales, a diferencia de otras legislaciones como la italiana, y del primer anteproyecto de dicha Ley orgánica, en las que no eran aplicables sino en los casos en que el demandado fuese extranjero; y esto, porque la Ley entiende que tales límites son territoriales y no personales.

Ahora bien, supuesta la jurisdicción de los Tribunales españoles (y, en este ámbito, la jurisdicción como primer presupuesto del proceso) habrá que concretar la competencia territorial del juez; y, en este punto, un nuevo problema, porque caben dos posibilidades: o aplicar las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, criterio que parece el más fundado, o aplicar también, como fueros territoriales, estas normas de la Ley Orgá-

nica del Poder Judicial, como normas que delimitan a un tiempo la jurisdicción y competencia de los Tribunales españoles.

El tema es que la armonización de una y otras presenta determinadas dificultades: en primer término y en especial, cuando las normas de la Ley Orgánica admitan la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles y las delimitadoras de la competencia sitúen un fuero indisponible fuera del territorio español y a la inversa. Una situación ésta que puede plantearse cada vez con más frecuencia, dado que los fueros territoriales indisponibles son hoy usuales; y, para estos supuestos, habrá que entender, y es opinión bastante extendida, que los jueces españoles pueden ser competentes por aplicación de la Ley Orgánica al margen de la Ley de Enjuiciamiento o normas especiales que hayan fijado estos fueros especiales.

En lo que se refiere a contratos y obligaciones contractuales (y por tanto a los de fletamento y transporte) los fueros, para la Ley de Enjuiciamiento Civil, son por el orden que se indica, la sumisión expresa o tácita; el lugar en que deba cumplirse la obligación y, a falta de éste, y a elección del demandante, el domicilio del demandado o el lugar del contrato si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el desplazamiento. Fueros coincidentes, pero no totalmente, porque, en la Ley de Enjuiciamiento Civil no son plenamente electivos.

(González Granda: *Extensión y límites de la jurisdicción española*, Barcelona, 1992. Valentín Cortes: *Derecho Procesal internacional*, Madrid, 1981.)

3. La sumisión como fuero

La Ley Orgánica del Poder Judicial admite como fuero general, en la determinación de la extensión y límites de la jurisdicción española, la sumisión expresa o tácita; hay que entender, siempre que tal sumisión reúna los requisitos que puedan ser exigidos por las leyes españolas y con los límites siguientes:

En cualquier caso, porque hace falta un criterio de conexión con el territorio español, que no ha de ser necesariamente alguno de los señalados al concretar los fueros electivos legales (Sentencias de 11 de julio de 1970 y 22 de febrero de 1960).

En segundo lugar, porque si, en Derecho español, hay un fuero legal indisponible, supuesto cada día más usual a diferencia del sistema ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la opinión más común es entender que no cabe la sumisión sino a dicho Juez, porque, para las leyes procesales españolas, sólo es válida en tal caso.

Unas excepciones y límites que, en lo que se refiere a la sumisión en materia contractual (y, por tanto, a los contratos de fletamento y transporte por mar), no interesan sino en el primer caso.

Y, ahora, veamos el tema de la sumisión a los Jueces o Tribunales de otro Estado, la *derogatio fori*, a la que no alude la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con anterioridad a la publicación de esta Ley, la jurisprudencia española había entendido que la *derogatio fori* no era admisible cuando alguna de las partes era español y, aún más, cuando concurrían determinados fueros de conexión complementarios (Sentencias de 20 de noviembre de 1981, 31 de octubre de 1968, 16 de julio de 1983, citadas por Grande en su monografía, cita. n.º 95).

Con relación a la Ley Orgánica se han mantenido dos interpretaciones diferentes:

Para determinados autores (cuya opinión parece más fundada), es válida y admisible en general, como institución aceptada por las leyes procesales españolas, en la medida en que lo sea con arreglo a éstas; pero no lo es en los casos de competencia exclusiva de los Jueces o Tribunales españoles (que son los del n.º 1 del art. 22), ni en los señalados en los fueros particulares del n.º 5 del propio precepto, en que la jurisdicción española es indisponible; y tampoco, cuando las normas sobre competencia territorial sitúen la competencia en España de un modo indisponible; supuestos todos en que la sumisión será contraria a una norma de Derecho necesario y la sentencia que pudiese ser dictada en el extranjero no susceptible de ejecución como una resolución contraria al orden público (arts. 951 y ss. L.E.C.)

Pero existe un segundo criterio, prolongación de la posición tradicional de la jurisprudencia española, que niega la validez y eficacia de la *derogatio fori* en general, incluso en los casos en que la jurisdicción española sea electiva. Unas veces, por entender que hay una dejación de soberanía; otras, por razones procesales, al considerar que si, en España, no son admisibles los efectos de cosa juzgada de una sentencia extranjera, ni su ejecución, hasta que no hay una resolución expresa al respecto del Tribunal Supremo, ni, por tanto la *litis pendencia*, menos debe serlo la excepción de incompetencia de jurisdicción por sumisión a un juez o Tribunal extranjero.

(Amores Conradi: *La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil*, R.E.D.I., 1989. Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Civil internacional*, cit. Chiovenda: *Principios de Derecho Procesal Civil internacional*, Madrid. González Granda: *Extensión y límites...*, cit. Gutiérrez de Cabiedes: *La incompetencia de jurisdicción*, R.D. Proc. 1971. Miaja de la Muela: *Derecho Interna-*

cional Privado, Madrid, 1979. Sentís Melendo: *La sentencia extranjera*, Buenos Aires, 1954. Remiro Bretons: *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, 1974.)

Pero la jurisprudencia en materia de *derogatio fori*, parece estar al criterio tradicional, como puede verse en dos sentencias del Tribunal Supremo, ambas posteriores a la aprobación de la Ley Orgánica y ambas en temas de fletamento o transporte marítimo, de 30 de abril de 1990 y 10 de julio del propio año.

La primera de ellas, en que el tema se trata más extensamente y en que se casa la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Valencia que había admitido la excepción, para justificar su inadmisión, se dice: que hay que estar al principio de plenitud de la jurisdicción recogido por el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, ahora, por el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que los Tribunales españoles eran competentes por aplicación del artículo 62 de la L.E.C. (El Tribunal está pues a la posición que se ha denominado moderna en la interpretación de la Ley de Enjuiciamiento); que no cabe una interpretación a *sensu contrario* del artículo 22 de esta Ley, que admite como fuero general la sumisión a los Tribunales españoles (y está así a la posición tradicional jurisprudencial), porque se sustraerían de ese modo los imperativos que ligan la soberanía nacional con el ejercicio de la jurisdicción (y se cita al respecto la sentencia de 31 de octubre de 1988) y porque la cláusula de sumisión no puede obligar a los litigantes del pleito (destinatario-comprador y la compañía de seguros, subrogada al efecto) que no la suscribieron (el conocimiento estaba firmado exclusivamente por el capitán).

(Un argumento este último que merecería unas consideraciones más detalladas sobre los efectos que supone, en estos aspectos, que el conocimiento no esté firmado por el cargador y sobre la autonomía y literalidad del derecho del tenedor de tal documento.)

Por su parte, la sentencia de 10 de julio, también de 1990, reproduce estos argumentos en forma resumida agregando de un modo un tanto impreciso y no rigurosamente exacto, que «es sabido que los casos de incompetencia de jurisdicción española en virtud de cláusulas de sumisión a Tribunales extranjeros tienen un carácter rigurosamente excepcional siempre que se den las indubitadas circunstancias que no haga aquélla nula» (como si se tratara de nulidad de la cláusula, que no es así, porque la cláusula puede fundar la jurisdicción de un Tribunal extranjero, cuya sentencia podría ser reconocida incluso).

(Un comentario de la sentencia de la A.T. de Barcelona de 22 de octubre de 1980 y del estado doctrinal y jurisprudencial puede verse en I. Arroyo: *Transporte marítimo internacional y jurisdicción extranjera B.C. de Abogados de Bilbao*).

c) *Convenio de Bruselas de 1968*

Pero la Ley Orgánica del Poder Judicial (y los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no son los únicos textos a tener en cuenta para determinar la competencia judicial internacional y límites de jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles; estamos en un tema en que son frecuentes los Convenios internacionales y en el que hay un convenio comunitario básico, el Convenio de Bruselas de 1968, de 27 de setiembre, sucesivamente modificado tras la entrada de nuevos miembros, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Convenio de obligado cumplimiento, en lo que hace al Reino de España, a tenor del artículo 3.2. del Acta de Adhesión y del artículo 66 del propio Convenio, que ha sido publicado en el Boletín Oficial de 28 de enero de 1991. Se trata de un Convenio firmado dando cumplimiento al artículo 220 del Tratado de Roma. Del Convenio se ha publicado un texto consolidado (DOCE, n.º C 189 de 28 de julio de 1990).

El Convenio se completa con un protocolo de 1971, que atribuye funciones interpretativas al Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Con este protocolo se ha querido evitar posibles interpretaciones divergentes en los diversos Estados miembros, por entender que el esfuerzo de unificación no puede reducirse a la aprobación de un texto, y que este esfuerzo requiere un lenguaje jurídico unitario y una interpretación y aplicación judicial uniformes.

En general, sustituye a los Convenios firmados entre los Estados de la Comunidad y, en lo que hace a España, a los Convenios con Francia, de 1969; con Italia, de 1973, y con la República Federal de Alemania, de 1983 (art. 55 del Convenio).

El éxito de este Convenio ha sido tal que ya se ha firmado, aunque no por España, un segundo Convenio de Lugano sobre la base de aquél. Un Convenio que se pretende sea firmado (y que ya lo ha sido en parte), por los países comunitarios y los Estados de la EFTA.

El Convenio sólo es aplicable en los procesos civiles; en los procesos en materia civil y mercantil, con las excepciones que expresamente son enumeradas, unas excepciones que no son de interés ahora salvo en un caso, que el Convenio no es aplicable al arbitraje.

El Convenio comprende dos clases de normas: unas sobre competencia judicial internacional y otras sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Aquéllas y éstas aplicables con preferencia a las de los Estados miembros (y, en lo que hace a nuestra legislación, a los de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Enjuiciamiento Civil y Leyes procesales internas especiales), siempre, claro es, dentro de su ámbito de aplicación.

Un tema éste, el del ámbito de aplicación, en el que no cabe entrar en todos sus detalles. Basta decir que los presupuestos de hecho no siempre son los mismos: en el caso de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, que sean de Juzgados y Tribunales comunitarios; para las excepciones de *litis pendencia* y conexidad, que los procesos correspondientes lo sean ante órganos jurisdiccionales comunitarios... y, en materia de fueros, básicamente que una persona domiciliada en la Comunidad, sea demandado ante Tribunales de otro Estado comunitario, donde no tenga residencia (y, por tanto, desde luego, los casos en que alguien domiciliado en un Estado comunitario que no sea España sea demandado ante nuestros Tribunales o que lo sea en un país comunitario alguien domiciliado en España)...; pero no, exclusivamente. A veces, la aplicación de tal norma no depende siquiera de que las partes tengan domicilio comunitario...

Y, veamos, en síntesis, y en lo que más directamente interesa, los fueros señalados en el Convenio, que son los siguientes:

- a) En primer lugar, los que son calificados como fueros exclusivos, que coinciden básicamente con los del artículo 22, n.º 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 16); que hacen competentes a los Jueces o Tribunales del Estado comunitario en que concurra el supuesto de hecho expresamente previsto (que no son de interés particular en este trabajo relativo al transporte por mar); fueros que los Jueces han de apreciar de oficio, que las partes pueden alegar en cualquier estado del procedimiento y que lo son con independencia de que las partes estén o no domiciliadas en un Estado comunitario (art. 19).
- b) Segundo, y también con independencia del domicilio comunitario de los litigantes, la sumisión tácita, que la hay si el demandado comparece y no alega la incompetencia del Juez o Tribunal (art. 18).
- c) Tercero, la prórroga expresa de competencia, en la medida en que el pacto compromisorio correspondiente reúna los requisitos que enumera el propio Convenio; un supuesto que tiene un régimen diferente cuando alguno de los litigantes tiene su domicilio en un Estado comunitario y cuando no es así.
- d) Cuarto, tratándose de un demandado domiciliado en un Estado contratante, electivamente, los jueces que sean competentes en el Estado en que esté domiciliado, que es el fuero general (art. 2), o los que sean competentes por aplicación de los fueros especiales enunciados en el Convenio, que son, en el caso de obligaciones contractuales, los del lugar en que hubiese sido cumplida o debiera haber sido cumplida la obligación (art. 5); y, si el demandado

no estuviese domiciliado en un Estado comunitario, los Jueces o Tribunales que lo sean con arreglo a la Legislación interna del Estado comunitario de que se trate (art. 4).

- e) Y hay también fueros particulares en materia de seguros y de contratos celebrados con los consumidores (arts. 7 a 15); fueros a los que no se hace referencia a pesar de que son aplicables a los seguros marítimos (señalaremos solamente que, cuando el seguro es de responsabilidad civil, el asegurador puede ser emplazado igualmente ante el Juez que conozca de la acción interpuesta por el perjudicado contra el asegurado, si la Ley vigente en el país lo permite, y que hay normas especiales su materia de acción directa (art. 10).

Y el Convenio incluye expresamente, asimismo, un fuero especial para los casos de asistencia y salvamento y sobre la competencia para conocer de la limitación de responsabilidad (arts. 5 y 6 bis).

Con carácter general, y el precepto parece del mayor interés, el Convenio prevé expresamente los supuestos en que el demandado no comparezca, cuando el demandado esté domiciliado en un Estado contratante, e impone al Juez o Tribunal, y al igual que ocurren en los casos en que pueda coincidir un fuero exclusivo, la obligación de examinar de oficio su propia competencia (arts. 19 y 20).

El Convenio incluye, pues, normas bien distintas a las que traíamos en su momento al estudiar la legislación interna española; unas diferencias que se dan, asimismo, en otros aspectos básicos relativos a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por los Tribunales comunitarios; admisión de la *litis pendentia* y apreciación de oficio; admisión también de la conexión como excepción; reconocimiento de las resoluciones judiciales (y de los efectos de la cosa juzgada) sin necesidad de una resolución expresa; ejecución de las resoluciones por un procedimiento específico...

A tenor, pues, de estas normas, en materia de fletamento por viaje y de transporte, los fueros aplicables son y por este orden, la sumisión tácita; la sumisión expresa, que reúna los requisitos del Convenio, y, en último término y dependiendo de que el demandado esté o no domiciliado en un Estado comunitario: si lo está, electivamente, los jueces o tribunales del país en que esté domiciliado o los del lugar en que se hubiere cumplido o debió ser cumplida la obligación; y cuando no lo esté, los que lo sean por aplicación de la Legislación interna del Estado comunitario de que se trate.

(En el trabajo de Iglesias Buhígues, sobre esta quinta libertad comunitaria, publicada en el Tratado de Enterría, t. III, puede verse una re-

ferencia a la sentencia en el proceso Till y Russ, en el que se discutió si tenía eficacia frente al tenedor del conocimiento una cláusula de sumisión pactada con el cargador.)

(Borrás A.: «Competencia judicial internacional y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil...», *Noticias de la C.E.E.*, 1989. Desantes Real: *La competencia judicial en la C.E.E.*, Barcelona, 1986. Droz: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, París, 1972. Fernández Rozas y Cuartero Rubio: *Texto consolidado del Convenio de Bruselas de 1968... La Ley 8 de marzo de 1991*. Recondo: *El sistema del fuero de extranjería*, Estudios de Deusto, 1978.)

d) *Medidas cautelares: Tratado sobre embargo preventivo de buques y competencia internacional*

En lo que hace a la adopción de medidas cautelares, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Juzgados y Tribunales españoles son competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España (art. 22). Y del mismo modo, aunque precisando que esto es así aun cuando fueran competentes para conocer del fondo los Tribunales de otro Estado contratante (el Convenio de Bruselas) (art. 24).

En el orden marítimo, la medida cautelar más usual e importante es el embargo preventivo de buque, al que no se hace referencia porque constituye objeto de una ponencia separada.

Al embargo preventivo de buques es aplicable el Convenio de 10 de mayo de 1962 (vigente aún en las relaciones comunitarias, como convenio particular, art. 57 Conv. de 1968) y la Ley de 8 de abril de 1967 dictada para aplicación de aquél (una Ley, como es sabido, que no respeta el contenido del Convenio fundamentalmente porque no permite que pueda ser embargado un buque de pabellón español con arreglo al mismo). Un Convenio que interesa, sin embargo, a la hora de determinar la competencia internacional de los Jueces y Tribunales españoles.

La razón es que, a tenor del Convenio, los Tribunales del Estado que hayan practicado el embargo son competentes para resolver sobre el fondo cuando lo sean por aplicación de su Ley interna y en los casos que el propio Convenio enumera con un criterio muy amplio. Resulta así que los Tribunales de dicho Estado serán competentes, aunque no exclusivamente, prácticamente en todos los casos. (Cortés: *Derecho Procesal Civil internacional*.)

Señalemos, por último, que entre los créditos marítimos que hacen posible el embargo (y que lo hacen posible por la simple alegación) están incluidos, en la enumeración que expresamente contiene, los que resulten de contratos de fletamento o transporte.

e) *Contrato compromisorio y jurisdicción internacional*

El tema de la *derogatio fori* se presenta, asimismo, cuando hay un contrato o cláusula compromisaria de sumisión a un arbitraje en otro país.

Una situación que cabe plantear con la Ley actual de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, y no con la anterior de 1953, porque en ésta sólo era admisible la excepción de incompetencia de jurisdicción cuando se había otorgado un contrato de compromiso con todos los requisitos formales, a diferencia de la Ley actual que admite el contrato compromisorio como excepción procesal.

Por tal razón se ha agregado una nueva excepción a las que enumera el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se ha dado nueva redacción al artículo 1.464 de dicha Ley.

Esta excepción procesal del contrato o cláusula compromisaria está expresamente admitida en los Convenios de Nueva York de 1958, de 10 de junio (art. 2 y 3), y de Ginebra, de 21 de abril de 1961 (art. 6), ambos ratificados por España y en vigor en nuestro país.

(Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara: *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989. Lorca Navarrete y otros: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991. Montero Aroca y otros: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1990.)

f) *Competencia internacional y actos de jurisdicción voluntaria*

Los límites de la jurisdicción española en los llamados actos de jurisdicción voluntaria (un tema del mayor interés en el ámbito mercantil) no vienen concretados en su totalidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los principios generales aplicables han de deducirse, pues, de un conjunto de normas: en primer término, del artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al señalar que las disposiciones precedentes sobre competencia son aplicables a los extranjeros que acuden a los Juzgados españoles promoviendo actos de jurisdicción voluntaria; de los artículos 21 de la ley Orgánica y 51 de la Ley de Enjuiciamiento, al señalar la plenitud jurisdiccional española para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español; del artículo 15 del Código de Comercio, señalando que los empresarios extranjeros pueden ejercer el comercio en España

con sujeción a la jurisdicción de los Tribunales de la nación y del artículo 27 del C.c. e, incluso, de los preceptos que se citaron sobre medidas provisionales y cautelares. (Cortés: *Derecho Procesal Civil internacional*, cit. González Poveda: *La jurisdicción voluntaria*, Pamplona, 1.989. Ramos Méndez: *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978. Ruiz Gutiérrez: *La competencia de los Tribunales españoles en actos en que intervienen elementos extranjeros con referencia a los de jurisdicción voluntaria*. R.D.Procesal 1963.)

Preceptos de los que parece resultar la competencia y jurisdicción de los Tribunales españoles cuando las medidas hayan de ser adoptadas en España y éste parece ser el criterio del Tribunal Supremo como resulta de la sentencia que citamos a continuación.

En sentencia de 13 de junio de 1917, el Tribunal Supremo señala: Que los actos de jurisdicción voluntaria pueden ser promovidos por extranjeros que se encuentren en España (art. 70 L.e.c.); ... que han de sujetarse a las prescripciones del Código de Comercio y de la Ley de Enjuiciamiento Civil cualquiera que sea la nacionalidad de los litigantes y el punto en que hayan celebrado el contrato...

Que los Tribunales españoles, requeridos por los cargadores de buques que se encuentren en arribada forzosa en puerto español, no pueden inhibirse aun cuando se trate de contratos celebrados en el extranjero, entre extranjeros y con cláusula de sumisión a un Tribunal que no sea español, mientras limiten la extensión de su competencia a las medidas de conservación urgentes y obligaciones que han de cumplirse en España.

Y que el capitán puede solicitar el depósito de las mercancías del artículo 665 reglamentado por la Ley de Enjuiciamiento Civil y que este depósito tiene el carácter de un acto de jurisdicción voluntaria; y que si los cargadores piden la descarga, en estos casos de arribada (art. 677), cabe la acción sumarísima del artículo 715 del C. de c.

B) Ley sustantiva y fletamento

Tras las consideraciones anteriores sobre la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, hay que determinar la Ley sustantiva aplicable a estas relaciones contractuales de transporte marítimo, para los casos, muy frecuentes, de que existen vínculos de extranjería. Un tema que ha de estudiarse, primero, con carácter general y, luego, con relación al régimen especial integrado por la Ley de 1949 y Protocolos de 1968 y 1979 sobre transporte internacional en régimen de conocimiento de embarque.

En lo que se refiere al régimen general y aplicación de las normas del Código de Comercio, hay que tener en cuenta en primer término que España ha firmado el Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (actualmente en trámite de ratificación ante el Senado). Este Convenio, que tiene dos protocolos de interpretación, es, como el de Bruselas de 1968, un Convenio Comunitario, pero un convenio cuyos preceptos tienen efectos *erga omnes* (art. 2).

Con su entrada en vigor, en lo que hace a las materias a que se remite y, entre éstas, al contrato de transporte y al de fletamento por viaje (art. 4.º), y no al régimen especial antes indicado incorporando el convenio de Bruselas y sus modificaciones (art. 21), quedarán sin aplicación las normas del Código de Comercio y Código Civil que comentaremos seguidamente.

En general, los criterios a que está dicho Convenio son la libertad de elección (art. 3) y, a falta de elección, la Ley del país con el que el contrato presente vínculos más estrechos (art. 4.º); una norma esta última completada por otras aclaratorias, una de ellas para el transporte de mercancías y fletamento por viaje (art. 4).

En la actualidad, las normas generales aplicables son el artículo 15 del Código de Comercio y el artículo 10 del C.C.

El artículo 15 del Código de Comercio dispone que los extranjeros y compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las disposiciones del Código en cuanto concierna a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales españoles. De donde se ha deducido que los actos de comercio realizados en España (y éste sería el caso de los contratos de fletamento y transporte de mercancías), aunque intervenga un extranjero, han de entenderse regidos en todo caso por la Ley española; e, incluso, que en estos casos no cabe la sujeción a otra legislación, aunque sí pactos concretos que puedan contradecir preceptos específicos españoles que no sean de Derecho necesario.

(Alvarez del Manzano: *Código de Comercio españoles y extranjeros*, Madrid, 1909. Garrigues: *Tratado de Derecho Mercantil*, t. 1, Madrid, 1947. Langle: *Manual de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1950, t. 1.) (Sentencias del T.S. de 20 de marzo de 1920 y 28 de febrero de 1928.)

Precepto, sin embargo, cuya interpretación puede ser revisada para entender que ha de considerarse aplicable solamente a los actos de comercio otorgados en España por un extranjero que ejerza habitualmente el comercio. Así parece deducirse de la modificación introducida en el texto del artículo 20 del Código de Comercio de 1829 en el que la territorialidad de las normas mercantiles viene recogida con una claridad indudable a diferencia del actual artículo 15, y de la Exposición de Moti-

vos que más parece pretender que los comerciantes se mantengan en su condición de ciudadanos de todo el mundo y procurar que se establezcan en España, que resolver el tema del régimen jurídico aplicable a los actos aislados celebrados en territorio español por un extranjero.

(Matilla Alegre: *Algunos problemas en relación con el contrato de construcción de buques*, Bilbao, 1976.)

Si la interpretación indicada se mantuviese no obstante las consideraciones anteriores, la consecuencia es que habrá que aplicar a los contratos de fletamento otorgados en España un régimen diferente a aquéllos que se celebran fuera, supuesto al que será aplicable el artículo 10 del C.c.

Este artículo del Código Civil admite expresamente como primer criterio al efecto el pacto por el que las partes fijen expresamente la Ley aplicable, aunque exigiendo que tenga alguna conexión con el contrato. No existiendo un pacto expreso, normalmente será aplicable la ley del lugar de celebración del contrato, y más difícilmente la Ley nacional común y la de residencia habitual común, que son criterios preferentes; normas todas que han de entenderse sin perjuicio de la aplicación de otras específicas sobre formalidades del contrato (art. 11 C.C.); capacidad de los extranjeros (15 C. de c. y 9 C.C.), etc.

(Nuestro Ordenamiento jurídico no está, pues, al criterio más general en Derecho Comparado, basado preferentemente en la Ley del pabellón. Matilla: *Contratos de utilización del buque*, Barcelona, 1988.)

D) Aplicación de la normativa del Convenio de Bruselas sobre transporte en régimen de conocimiento de embarque

a) En el orden internacional

Ya se indicó que el Convenio de Bruselas de 1924 quedó incorporado a la legislación española mediante la publicación de la Ley de 22 de diciembre de 1949, en la que hay una norma específica de interés en este tema.

El precepto establece que las disposiciones de la Ley no se aplican al transporte de mercancías en navegación de cabotaje nacional y que surtirán efecto única y exclusivamente cuando se trate de transporte de mercancías entre naciones que hayan ratificado e incorporado a su legislación nacional (art. 24) el Convenio de Bruselas de 1924.

Esta norma no coincide con el artículo 10 del Convenio de Bruselas a cuyo tenor éste es aplicable a todo conocimiento emitido en un Estado contratante; norma, que parece clara y explícita, pero que no lo es, porque el Convenio presupone, y más dado el indicado protocolo, un contra-

to de transporte internacional. Y de ahí, y como superación de este precepto, lo dispuesto en la Ley española.

Este artículo 24 de la Ley de 1949 no se ha interpretado siempre del mismo modo, normalmente se está al sentido literal del precepto como una norma especial que es; pero, a veces, se pone en conexión con los preceptos generales del Ordenamiento jurídico en este punto (arts. 15 C. de C. y 10 C.C.) y se dice que la Ley española no es aplicable sino en los casos en que exista algún elemento de conexión con nuestro Ordenamiento jurídico, o, más precisamente, cuando el conocimiento haya sido extendido o deba producir efectos en España.

Pero el Protocolo de 1968, que modifica el Convenio de Bruselas de 1924, y en consecuencia la Ley de 1949, contiene una norma diferente delimitando la aplicación de este régimen jurídico especial y que exige al respecto los siguientes requisitos: que se trate de un transporte entre puertos de Estados diferentes y, además y alternativamente, cualquiera de las siguientes circunstancias: que el conocimiento haya sido emitido en un Estado contratante; que el transporte se efectúe desde un puerto de un Estado contratante; o que el conocimiento disponga expresamente la aplicación del convenio o de una Ley que le dé efecto, sea cualquiera la nacionalidad del buque, del porteador, del cargador, del destinatario o de cualquier otra persona interesada (Cláusula Paramount) (art. 5). Norma ésta que, de nuevo, será precisada en las Reglas de Hamburgo.

Sobre la aplicación de la Ley de 1949 y de este Protocolo de reforma de 1968 y de la validez al respecto de la cláusula Paramount, que el Tribunal Supremo denomina cláusula suprema, pueden verse las sentencias de 30 de junio de 1983 y 30 de mayo de 1984, y, también, en menor medida, la del 31 de enero de 1984.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 3 de diciembre de 1990, en lo que se refiere al citado artículo 24 de la Ley de 1949, condiciona la aplicación de este régimen jurídico especial a que se haya probado que el transporte se efectuó entre dos puertos de naciones que hayan ratificado el Convenio de 1924; en otro caso, y dando por supuesto que sea aplicable la Ley española, habrá que estar a las normas del Código de Comercio sobre el fletamento.

b) *En función del documento contractual*

1. Conocimiento de embarque: Concepto

La aplicación del Convenio de Bruselas y de la Ley española de 1949 depende, asimismo, y ya que se indicó, de la naturaleza del documento contractual; una y otra se aplican a los contratos de transporte documen-

tados en un conocimiento de embarque o documento similar y, en el caso de que se emita un conocimiento o documento semejante en virtud de una póliza de fletamento, a este conocimiento o documento semejante desde el momento en que regule las relaciones entre el tenedor y el transportista (arts. 1 y 5 C. de B. y 2 L. 1949).

Este régimen jurídico especial se aplica, pues, en dos situaciones diferentes. En primer lugar, cuando no se otorga otro documento que el conocimiento de embarque o documento semejante y, también, en los casos en que el contrato se documenta en póliza de fletamento, cuando se extiende un conocimiento, o documento semejante, y se transmite a un tercero, en lo que hace exclusivamente a las relaciones del tenedor y el fletante.

El primero de estos supuestos es la situación usual en el tráfico de línea; un tráfico en que suele haber una oferta generalizada al público mediante anuncio del viaje, itinerario, flete y condiciones del transporte; en que se embarcan mercancías de una pluralidad de cargadores; en que hay normalmente un tráfico cartelizado por la agrupación de las navieras en las conferencias marítimas... El segundo, por el contrario, es una situación relativamente usual en el tráfico tramp y, en especial, en el transporte de grandes cargas a granel.

De cuanto se ha indicado, resulta que se hace indispensable precisar la noción de conocimiento de embarque.

El conocimiento de embarque es ciertamente un documento probatorio de la recepción de las mercancías por un transportista marítimo y para el Código de Comercio, del embarque de tales mercancías. Pero esta característica no es ciertamente la función diferenciadora del conocimiento, pues, un recibo, y en nuestros días unos datos transmitidos electrónicamente, también prueban dicha recepción y puede ser también un documento probatorio del contrato.

El conocimiento de embarque en un primer momento fue un simple recibo que el fletante entregaba al fletador, que éste conservaba en su poder; un fletador que avisaba al destinatario del envío de las mercancías por una simple carta. Pero el conocimiento, en nuestros días, como resultado de una evolución histórica, ha refundido el significado de ambos documentos y es, además, y sin perjuicio de tal carácter probatorio, un documento que incorpora al derecho a reclamar del porteador la entrega de las mercancías; un documento cuya presentación es necesaria para reclamar dicha entrega, en definitiva, pues, un título valor en sentido amplio (arts. 706, 708, 711 y 712 C. de c.).

Además el conocimiento, como título valor, es usualmente considerado, aunque no siempre con apoyo en preceptos igualmente explícitos, un título valor representativo de las mercancías, posesorio (que atribuye

su posición mediata) y, en los sistemas que están a la teoría del título y el modo, dispositivo; e incluso, un título valor en sentido estricto, aunque no en todos los casos, esto es un título que incorpora un derecho autónomo.

La noción fue discutida por el grupo de trabajo nombrado para elaborar el proyecto de Convenio de las Reglas de Hamburgo. Y hubo coincidencia en un punto básico que son elementos esenciales del concepto, que el conocimiento prueba la recepción de las mercancías y su carácter negociable y que el documento es negociable, desde luego, cuando se extiende al portador o a la orden; una característica que supone obviamente la incorporación del derecho al documento y su posesión como condición necesaria de la entrega regular del cargamento; y, por tanto, su condición de título valor en sentido amplio.

En concreto, el precepto en que se fija la noción dice así: «Por conocimiento de embarque se entiende un documento que hace prueba de un contrato de transporte marítimo y acredita que el porteador ha tomado a su cargo o cargado las mercancías y, en virtud del cual, se compromete a entregarlas contra la presentación del documento; constituye tal compromiso la disposición incluida en el documento según la cual las mercancías han de entregarse a la orden de una persona determinada, a la orden, o al portador.»

La noción supone flexibilidad y, en lo que hace a los documentos a la orden o al portador, seguridad jurídica.

Por su parte, la Ley de 1949 insiste, asimismo, en el carácter transmisible del conocimiento y en la legitimación por la posesión, pero con una precisión que el conocimiento puede ser nominativo; posibilidad ésta no siempre admitida en el Derecho Comparado por la doctrina (art. 19).

(Matilla: «Líneas generales de la evolución histórica de la ordenación del transporte marítimo», *Estudios de Deusto*, 1985; y *Contratos de utilización del buque*, Barcelona, 1988. Recalde: *El conocimiento de embarque...*, Madrid, 1991.)

En lo que hace a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son de interés las siguientes sentencias: de 7 de diciembre de 1925, que contiene una definición del conocimiento, en la que no se insiste en el elemento esencial; de 24 de junio de 1904; 3 de mayo de 1924 y 7 de diciembre de 1925, reconociendo su carácter de título valor en sentido amplio, en la última, con referencia al procedimiento judicial de apremio; sobre la forma, sin estar a un criterio riguroso, las de 15 de noviembre de 1943 y 10 de julio de 1967; sobre el valor probatorio, la de 30 de marzo de 1983.

En esta última sentencia se recoge un supuesto de *traditio* no real sin estar al carácter representativo del conocimiento y sí, parece, a la posición tradicional que equiparaba entrega y puesta a disposición.

2. Documentos similares al conocimiento

Y, ahora, unas precisiones sobre determinados requisitos del conocimiento y sobre determinados documentos que se han hecho usuales en el tráfico de nuestros días como documentos que pueden ser o no análogos al conocimiento.

En la normativa del Código de Comercio, el conocimiento de embarque ha de ser firmado por el capitán y ha de serlo dentro de las veinticuatro horas de recibida la carga a bordo (arts. 706 y 707), y no así, en el Convenio de Bruselas y en la Ley de 1949 en que se admite la firma del conocimiento por un agente y el conocimiento para embarcar (arts. 3 y 20 respectivamente).

Un supuesto específico, que ha de ser considerado a estos efectos al menos como documento semejante al conocimiento, muy frecuente en el tráfico actual, es el llamado conocimiento directo; un documento que se extiende en función de un contrato único de transporte por mar que va a ser ejecutado por dos o más empresas de transporte, siempre, en la medida, en que ese conocimiento incorpore el derecho a la entrega de las mercancías (una facultad ésta que se ejercerá frente al último porteador que será un porteador de hecho distinto al otorgante del contrato). Supuesto en que caben dos modalidades: el transporte único con subtransporte y el transporte cumulativo. Más aún, un documento que a veces se emite por quien compromete el resultado del transporte sin ser porteador efectivo.

(Arts. 10 R. de H. Matilla: *Contratos de utilización del buque*, Barcelona, 1988. Sánchez Andrés: *El transporte combinado de mercancías*, R.D.M. Sánchez Calero: *El transporte marítimo de mercancías*, Roma-Madrid, 1957. Recalde: *El conocimiento de embarque y otros...*, Madrid, 1992.)

3. Otros documentos

Un supuesto, en el que la analogía con el conocimiento de embarque es aún más discutible, lo constituyen los documentos emitidos por consecuencia de un transporte multimodal por el operador correspondiente; un operador que no es ordinariamente un porteador que lleve a efecto directamente total o parcialmente la operación de transporte sino un agente o comisionista de transporte que esté comprometido con el resultado (art. 379 C. de C.).

La dificultad está no tanto en que puedan intervenir distintos porteadores, sino en la pluralidad de regímenes aplicables, a diferencia del supuesto a que se ha hecho referencia anteriormente del transporte directo; en que el documento, para que pueda ser análogo al conocimiento, ha de

emitirse como título valor, circunstancia ésta que, en defecto de una normativa que regule expresamente esta modalidad contractual (no habiéndose ratificado, ni entrado en vigor, el Convenio de Ginebra de 1980 sobre transporte multimodal), habrá de depender de la voluntad del emitente y de que el Ordenamiento jurídico admita otros títulos valores distintos de los que expresamente regule, y, por último, de su menor fuerza probatoria consecuencia de que no exista una normativa específica al respecto.

(Recalde: *El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte*, Madrid, 1991, y Sánchez Andrés: *El transporte combinado de mercancías*, R.D.M. 1975.)

En el tráfico actual, el conocimiento de embarque, muy frecuentemente, es sustituido por documentos no negociables que no son títulos valores; denominados *seawaybill*; documentos que se extienden incluyendo una mención específica en tal sentido y una cláusula adicional por la que se legitima al porteador a entregar la mercancía al consignatario indicado en el documento sin necesidad de que presente éste.

No se trata, pues, de documentos semejantes al conocimiento y, por tanto, no es aplicable el Convenio de Bruselas ni las leyes que lo incorporan a los diferentes países, a diferencia de las Reglas de Hamburgo.

Las causas de esta sustitución están, de un lado, en la lentitud de los servicios de correos, y, de otra, en la mayor celeridad de los medios de transporte actuales (a veces, y salvo en determinados tráficos, la mercancía llega antes que el conocimiento y ha de ser depositado, a no ser que el porteador se conforme con una carta de garantía) y, también, que no siempre hay interés en la transmisión de las mercancías en transporte.

Más aún, en tráficos muy específicos, es cada vez más usual la sustitución del conocimiento por la transmisión informatizada de datos. El porteador emite un documento informatizado que entrega al cargador y transmite los datos a su ordenador en destino; unos datos que se notifican al destinatario también por vía informática.

La primera dificultad de estos documentos está en que difícilmente prueban su autenticidad; en que no parece posible emitir un documento semejante al conocimiento que no lleve la firma autógrafa del capitán o agente del naviero, dados los requisitos expresamente establecidos en el Código de Comercio y en la Ley de 1949.

Consecuentemente, no parece tampoco que puedan entenderse aplicables las normas del Convenio de Bruselas, y, sí, por el contrario, las de las Reglas de Hamburgo.

Y existen también otros caracteres propios del conocimiento que se dan difícilmente en estos casos: que el cargador no dispone del contrato (y, de ahí, que se incluya una cláusula específica, Nodisp); el carácter representativo y negociable de aquél.

(Alvarez-Cienfuegos: «Obligaciones concertadas por medios informáticos», *La Ley*, noviembre 1992. Bravo Vocos: *La carta de porte marítimo, un nuevo documento para el transporte de mercancías por mar*, A.D.M. 1989. Recalde: *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, Madrid, 1991.)

c) *Otros supuestos de inaplicabilidad*

Hay determinados supuestos, que simplemente enumeramos, a que no es aplicable el Convenio, ni la Ley de 1949.

En primer lugar, y por razón de la naturaleza de las mercancías, estas normas no son aplicables ni al transporte de animales vivos (arts. 1 y 2 del C. y L.) ni en aquéllos que no tengan como objeto cargamentos ordinarios hechos en el curso de operaciones comerciales corrientes cuando no se ha extendido conocimiento de embarque o un documento similar, supuesto éste en que las partes pueden fijar libremente el contenido del contrato (art. 6 C), ni al transporte de sustancias nucleares.

Ni son aplicables tampoco, dados los riesgos extraordinarios que supone, cuando se ha pactado el transporte sobre cubierta y se ejecuta de tal suerte (art. 1).

Además no siempre son aplicables a todo el período del transporte, esto es, al comprendido entre la recepción y entrega. Ni el Convenio, ni la Ley española, son aplicables en ningún caso a la fase anterior o posterior a las operaciones de carga; ni aun en todo caso a dichas operaciones. Un extremo éste, en que la normativa del Convenio y de la Ley española no son coincidentes (arts. 1 y 3 del C. y 1 de la Ley de 1949). Ni regulan tampoco, normalmente, los supuestos de retraso en la entrega.

d) *Normativa vigente en Derecho español*

Ya se indicó que podía darse efectividad al Convenio de Bruselas o atribuyéndole fuerza de Ley directamente o por la incorporación de sus normas en una forma apropiada según la legislación correspondiente; sistema éste que fue seguido, como en otras legislaciones, en nuestro Ordenamiento jurídico con la publicación de la Ley de 1949.

El Convenio de 1924 fue ratificado por España en su momento e incluso publicado en la *Gaceta* (con fecha del 31 de julio de 1930) pero en una época en que no había en nuestro Derecho interno un régimen jurídico preciso como el actual (arts. 96 de la Constitución y 5 C.C.) y en que se discutía que los Tratados fueran aplicables directamente; un tema en el que el Tribunal Supremo no tenía una posición bien definida. (Sánchez Rodríguez: *Los Tratados internacionales como fuente del Ordenamiento*

jurídico. R. Inf. M. de Justicia y sentencias de 27 de febrero de 1970 y 17 de marzo de 1973.) (La doctrina extranjera, por otra parte, entendía mayoritariamente que el Convenio de Bruselas no era aplicable en sí mismo sin más.)

España ha ratificado también el Protocolo de 16 de noviembre de 1979 por el que se modifica dicho Convenio de 1924, pero no en su primitiva redacción, sino enmendado por las Reglas de Visby, esto es por el Protocolo de 1968; y ambos protocolos han sido publicados en el *Boletín Oficial*.

Y como el Protocolo de 1979, señala que la adhesión o ratificación del mismo vale para el Convenio, hay que entender que se ha ratificado, asimismo, el citado Protocolo de 1968, que se ha publicado asimismo.

La ratificación de estos Protocolos plantea un tema fundamental, que es decidir si la normativa vigente en nuestro Ordenamiento jurídico, es la Ley de 1949, que incorpora el Convenio a nuestro Ordenamiento jurídico, o el Convenio de 1924, en uno y otro caso, con las modificaciones introducidas por los indicados Protocolos. (La primera mantenida por Hernández Martí: *Contrato de transporte de mercancías*, Valencia, 1984, y Matilla: *Contratos de utilización del buque*, Barcelona, 1988; la segunda en el *Manual de Derecho Marítimo*, del que son autores González, Ruiz Soroa y Zabaleta, Bilbao, 1986.)

Una cuestión, a su vez, que supone un tema más complejo, para el caso que se quiera entender derogada la Ley de 1949: esto es, si estamos simplemente ante un tema de jerarquía normativa o de inconstitucionalidad de una Ley, sobre el que no hay un criterio doctrinal unánime. (García de Enterría: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, y Sánchez Rodríguez: *Los Tratados internacionales como fuente del Ordenamiento jurídico*.) (Más aún, como puede verse en la sentencia de 25 de febrero de 1991, incluso se ha discutido la validez y constitucionalidad de la ratificación de estos protocolos.)

Pero hay un tema adicional: si hay que entender que la normativa vigente es únicamente la Ley de 1949 (o el Convenio) reformada por dichos Protocolos o también la Ley de 1949, porque no siempre son aplicables los Protocolos de 1968 y 1979; criterio éste que nos parece más defendible. (Manca: *Commento alle convenzioni internazionale marittime*, t. II, Milán, 1975; Rodière, *Traité General de Droit Maritimi*, t. III, París, 1975.)

Esta interpretación puede apoyarse, de un lado, en el hecho de que hay muchos países que sólo han ratificado el Convenio de 1924 y, de otro, en las normas del Protocolo de 1968 del Convenio sobre Derecho de los Tratados de 1969.

El Protocolo de 1968 señala en efecto que «entre las partes del presente Protocolo, el Convenio y el Protocolo se considerarán e interpreta-

rán como un único instrumento; y que ninguna de las partes del presente Protocolo está obligada a aplicar las disposiciones del mismo a los conocimientos de embarque librados en un Estado parte del Convenio, que no sea parte del Protocolo (art. 6)».

Según criterio expresamente recogido en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 22 de mayo de 1969, unánimemente aceptado por la doctrina internacionalista, los Tratados internacionales no obligan, ni se aplican, sino entre partes (art. 26). Es más, este convenio prevé expresamente en una norma especial los casos de Tratados sucesivos concernientes a una misma materia y, entre otros preceptos, establece que cuando las partes de un Tratado anterior no sean todas partes en el posterior... en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos Tratados y un Estado que lo sea sólo en uno, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el Tratado en que los dos Estados sean parte. (art. 29).

E) Características de esta normativa especial

a) *Una normativa incompleta*

El Convenio de Bruselas no contiene una ordenación jurídica completa del transporte marítimo de mercancías y no incluye una norma que determine con carácter general los supuestos de responsabilidad del porteador (un sistema que la Ley española trata de subsanar), al que no están las Reglas de Hamburgo en el que sí hay una norma de carácter general.

La razón del sistema está en que el Convenio fue redactado tomando como base las Reglas de la Haya, con las que no se había pretendido sino establecer un conocimiento de embarque tipo. Las Reglas de la Haya presuponían que el conocimiento debía ser encuadrado en un sistema legal de responsabilidad y no incluían, como es habitual también en las pólizas de fletamento y conocimientos de embarque, una norma general sino la enumeración de un conjunto de supuestos de irresponsabilidad.

En lo que hace al Derecho español, como se ha dicho, la Ley de 1949 contiene dos normas específicas (arts. 6 y 7): la primera, señalando que el porteador es civilmente responsable de todas las pérdidas, averías o daños sufridos por las mercancías y, en general, de las indemnizaciones en favor de tercero a que dé lugar la conducta del capitán en relación con las cargadas en el buque, salvo las causas de exoneración de los artículos 8 y 9; la segunda, señalando la responsabilidad del capitán con el naviero y de éste para con los terceros que hubieren contratado con él en los casos y por las causas que se detallan en el artículo 618 del Código de Comercio, de nuevo, salvo lo preceptuado en dichos artículos.

b) *Parcialmente imperativo*

El Convenio de Bruselas, y la Ley de 1949, en lo que hace a las obligaciones y a la responsabilidad del porteador, establecen un régimen jurídico inderogable y declaran expresamente la nulidad de las cláusulas que directa o indirectamente excluyan o limiten tal responsabilidad o tales obligaciones, con la excepción de los supuestos de avería gruesa en que se permite cualquier estipulación (arts. 2, 3 y 6 del Conv. y 10 y 16 de la Ley de 1949). El Convenio por el contrario, admite que el porteador renuncie o aumente sus obligaciones o responsabilidades.

Con relación a esta prohibición de las cláusulas de irresponsabilidad, hay que tener en cuenta no obstante que no todas las cláusulas que se conocen de irresponsabilidad lo son realmente.

Hay en primer término algunos pactos que no hacen sino delimitar si la prestación del porteador comprende solamente la fase marítima propiamente tal o también las operaciones de carga y descarga y aun otras anteriores; unos pactos, pues, que están relacionados con el ámbito de aplicación de este régimen jurídico, que se entienden válidos; en lo que hace a la Ley de 1949, salvo que las operaciones de carga y descarga se ejecuten con los medios del buque, en que esta normativa es aplicable en todo caso (art. 1).

Y hay cláusulas que simplemente desvirtúan el valor probatorio del conocimiento de embarque y que son también válidas cuando hay razones fundadas para sospechar que los datos suministrados por el cargador no se corresponden con las características del cargamento o cuando no hay medios razonables de comprobación; y, en la Ley española, en tales casos, pero exigiendo una referencia expresa en el conocimiento sobre tales circunstancias.

Pero esta diferencia con el fletamento, y esta peculiaridad, en Derecho español, según la doctrina mayoritaria no lo es tal, porque estas cláusulas tampoco son válidas en este contrato por aplicación del artículo 620.

c) *Un compromiso, aunque favorable para el porteador*

El Convenio de Bruselas representa un compromiso entre los intereses de cargadores y navieros, pero un compromiso muy favorable para éstos. De ahí que se haya modificado en 1968, básicamente incrementando las cifras de limitación de responsabilidad, y que se hayan firmado las Reglas de Hamburgo en que hay un nuevo reparto de riesgos y mayor protección de los intereses de los cargadores.

En prueba de que esto es así, cabe citar, aunque no exclusivamente, tres peculiaridades de este régimen jurídico: que la responsabilidad del porteador es una responsabilidad limitada; que el porteador no responde de las que se dicen faltas náuticas, esto es de las faltas en la navegación o administración del buque y, con relación a la obligación de poner el buque en las debidas condiciones de navegabilidad, que no hay sino una obligación de medio, ejercer la debida diligencia al respecto, lo que hace que no se responda de los vicios ocultos. (Sáenz García de Albiz: *La in-navegabilidad del buque en el transporte marítimo*, Madrid, 1992.)

d) *De aplicación preferente e interpretación como normas internacionales*

En los supuestos a que es aplicable el Convenio, o las Leyes internas que lo incorporan, hay que aplicar sus preceptos y no las normas generales, precisamente, porque con el Convenio se ha pretendido establecer un régimen diferente. Estas normas especiales, por otra parte, en cuanto normas internacionales han de interpretarse con sujeción a lo que dispone el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 22 de mayo de 1969, y, siempre, procurando la uniformidad de la interpretación (art. 3 R. de Hamburgo).

Y debería estudiarse también, como una nota más, ciertamente peculiar, la posición del tenedor del conocimiento y la calificación de éste como título valor posesorio y representativo y, en nuestro Ordenamiento, dispositivo; y, en su caso, como título valor en sentido estricto.