

LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA EN LAS REGLAS DE HAMBURGO Y LA SOLUCIÓN ARBITRAL DE CONTROVERSIAS

José Domingo Ray

I. Las Reglas de Hamburgo

El 31 de marzo de 1978 se aprobó, en la tradicional ciudad hanseática de Hamburgo, el convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías que se recomienda denominar "Reglas de Hamburgo".

Con la aprobación de ese Convenio culminó una labor que se inició en la Conferencia de Nueva Delhi del año 1968, convocada por la Comisión de Naciones Unidas para el comercio y el Desarrollo (UNCTAD), en la que se sostuvo que el sistema internacional vigente no era satisfactorio y que había que transferir al transportador algunos riesgos que recaían sobre el titular de los derechos de la carga, eliminar el doble seguro que contrataban el transportador y el cargador o consignatario para cubrir los riesgos del transporte y suprimir las ambigüedades existentes en la legislación. Todo ello con la finalidad, en definitiva, de reducir los costos del transporte.

La labor se le encomendó a la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y, después de muchas reuniones, el Grupo de Trabajo creado en el seno de esta entidad re-

*Memoria Sexto Simposio sobre Arbitraje Comercial Internacional y Derecho Marítimo. Academia de Arbitraje y Comercio Internacional, Asociación Mexicana de Usuarios del Transporte Marítimo, A.C. 1980.

dactó el proyecto definitivo que, con muy pequeñas variantes, se aprobó en la Conferencia convocada a ese efecto.

Durante el transcurso de los años 1972 a 1976, en que se trabajó para redactar el nuevo texto, se formularon muchas críticas al proyecto, a través de entidades como el Comité Marítimo Internacional, la Unión Internacional de Aseguradores Marítimos y la Cámara Internacional de Comercio.¹

Lamentablemente, esas observaciones críticas no se tomaron en cuenta y hoy no hay otra alternativa, en el ámbito internacional, que mantener la legislación vigente o adoptar las nuevas Reglas con sus virtudes y defectos.

En un trabajo publicado a fines del año 1978, en los Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, nos referimos al nuevo sistema y a las críticas formuladas y han sido muchas las reuniones internacionales de juristas, armadores, aseguradores y profesores universitarios en que se han estudiado algunos aspectos fundamentales de las Reglas.²

Para limitarnos a Latinoamérica, las Reglas de Hamburgo fueron tomadas muy en cuenta en la Decimaquinta Asamblea de la Asociación Latinoamericana de Armadores (1978), en el Seminario de Lima, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo y realizado en Agosto de 1979, y en el de Margarita celebrado a comienzos de este año.

En oportunidad del Seminario de Lima, destacamos que para considerar los efectos que pueden tener las Reglas de Hamburgo y emitir un juicio crítico objetivo, era menester analizar el texto y determinar la interpretación que se considera debe prevalecer.³

El tema del contrato de transporte es uno de los más importantes en el campo del derecho marítimo y de los que tiene más interés para los armadores, cargadores, consignatarios y sus respectivos seguros.

¹ Ver Ray J.D. "Nuevas tendencias en el Derecho Marítimo Internacional". El proyecto de UNCITRAL, sobre el transporte de mercaderías por mar" en Rvta. *La Ley* 19/5177: "El Proyecto de UNCITRAL sobre el transporte de mercadería por mar", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Año 1978 (No. 11 pág. 1398) y "La Conferencia y las Reglas de Hamburgo de 1978" en Rvta. *La Ley* 18. 12. 78.

² Ver Ray J.D. *Las Reglas de Hamburgo de 1978*, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Nov. 1978).

³ Ver Ray J.D. "Sistema de responsabilidad e las Reglas de Hamburgo de 1978", publicación de *Mercado Asegurador* No. 33 pág. 13 (el tema fue analizado por el autor en el Seminario de Lima realizado en el año de 1979).

Resalta, así, la trascendencia que reviste el estudio del sistema vigente y del elaborado en Hamburgo con la finalidad de reemplazar al actual.

La Asociación Argentina de Derecho Marítimo organizó un Seminario, que se realizó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires del 29 de septiembre al 3 de octubre de 1979, con la finalidad de brindar un panorama de las interpretaciones doctrinarias que pueden darse a los distintos temas de la responsabilidad del transportador, en función de la legislación vigente y de las nuevas Reglas.⁴

A diferencia de las reuniones anteriores, en que se analizaron críticamente las Reglas de Hamburgo, en el Seminario de Buenos Aires se consideraron problemas planteados por la Asociación Argentina y la solución que cabía darles en función de las Nuevas Reglas y de la interpretación más razonable, de las distintas que pueden darse, en razón de la flexibilidad, de los términos empleados.

Es importante señalar que la nueva Convención regula la mayoría de los temas del contrato de transporte marítimo de mercaderías.

II. La responsabilidad del transportista en las reglas de Hamburgo

Hoy debo analizar el tema de la "Responsabilidad del transportista en las Reglas de Hamburgo y la solución arbitral de las controversias", lo que implica puntualizar lo fundamental del nuevo sistema y del arbitraje en sus distintas formas. En lo fundamental, las Reglas de Hamburgo modifican la fórmula tradicional de las Reglas de la Haya y transfieren riesgos al transportador que antes asumía el titular de la carga, al suprimir la exoneración de responsabilidad en casos de culpas náuticas y modificar la fórmula de exoneración en caso de incendio.

El régimen es de orden público, igual que el de la Convención de Bruselas, y se consideran nulas las cláusulas que directa o indirectamente se aparten de las Reglas (art. 23), salvo cuando el transportador aumente su responsabilidad y las obligaciones a su cargo.

A. Principio general

La Convención establece, como principio general, la responsabilidad del transportador por los perjuicios que resulten de la pérdida o el da-

⁴ Ver Ray J.D. "Las Reglas de Hamburgo de 1978. Seminario de Buenos Aires", En Rvta. *Marina* No. 500 pág. 14.

ño de las mercaderías o de la demora en la entrega, si el hecho que causó la pérdida, el daño o la demora se produce cuando las mercaderías se encuentren bajo custodia del transportador, a menos que éste pruebe que él, sus empleados y sus agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias.

En otras palabras, las Reglas de Hamburgo mantienen el principio de la responsabilidad fundada en la culpa, pero el transportador sólo puede exonerarse de la responsabilidad, acreditando que se tomaron todas las medidas razonablemente requeribles para evitar el siniestro.

La conferencia aprobó una declaración especial, diciendo que el sistema de responsabilidad se funda en la culpa, para eliminar la posibilidad de interpretar que el sistema de la Convención cambiaba el tradicional.

Esa declaración la consideramos innecesaria porque, desde el punto de vista doctrinario, no hay duda que el sistema de la Convención es el subjetivo y que el transportador no debe responder si acredita su diligencia; es decir, que adoptaron las medidas que razonablemente pueden requerirse para prevenir el daño. Para comprobarlo basta la simple lectura de los artículos 5, 6 y 8.

B. La nueva fórmula

Así como el sistema de la Convención de Bruselas se inspira en la técnica casuística anglosajona, las Reglas de Hamburgo siguen el sistema latino de una fórmula genérica y el transportador para exonerarse de responsabilidad, una vez producido el evento de la pérdida, daño o demora, debe rendir la prueba de los medios adoptados para evitar el hecho y sus consecuencias.

La nueva fórmula de exoneración de las Reglas de Hamburgo eleva a principio general y en forma positiva el de ausencia de culpa que en la Convención de Bruselas figuraba como último eximente de la responsabilidad del transportador (inc. q del art. 4.)

El transportador debe acreditar que adoptó "todas las medidas razonablemente requeribles para evitar el daño" porque si -a juicio del tribunal- no se produce esa prueba, el transportador debe asumir las consecuencias de la avería, daño o de la demora que motivó el reclamo.

Las opiniones que se han vertido sobre la fórmula empleada son disímiles y ello se puede comprobar leyendo dos trabajos publicados en el año 1978, con un mes de diferencia, en el *Droit Maritime Français*.

En el primer trabajo, publicado en el ejemplar del mes de julio, Claire Legendre recuerda que se ha dicho que la prueba que requiere el art. 5o. de la Convención es "diabólica", calificativo que se ha empleado para los casos de prueba de hechos negativos. Agrega que, para algunos, todo accidente podrá ser evitado y para eliminar el riesgo de esta interpretación se incluyó una declaración de la Conferencia en el sentido de que existe "consenso" en que la responsabilidad se funda en la "culpa", o sea en la presunción de negligencia. ("La Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer". *Le Droit Maritime Français*, No. 355, julio 1978, pág. 387.)

En el segundo trabajo, publicado en el mes de agosto René Rodière considera que el sistema de la Convención no exige la prueba de la causa del daño, sino la prueba de la "diligencia razonable", lo que podría decirse la diligencia del "buen transportador y que este sistema es menos severo para la responsabilidad del transportador marítimo que el establecido en las diecisiete causales de exoneración de la Convención de Bruselas de 1924. ("La responsabilité du transport maritime suivant les Règles de Hambourg, 1978". Ver *Le Droit Maritime Français*, No. 356, pág. 451).⁵

Después de lo expuesto, puede apreciarse por qué sostenemos que la fórmula es muy amplia y que se presta a interpretaciones diferentes, así como también por qué consideramos que la labor de quienes tengan que pronunciarse sobre los distintos temas de la responsabilidad, a la luz de las Reglas de Hamburgo, deben ser personas calificadas para valorar las modalidades comerciales y la conducta y los derechos de las distintas personas interesadas en la expedición marítima.

C. Nuestra opinión

La introducción del término "razonabilidad" mejora la expresión utilizada por la convenciones internacionales referentes al transporte aeronáutico, porque la fórmula medidas "necesarias", para evitar el daño que utiliza la Convención de Varsovia, puede llevar interpretaciones contrarias a la finalidad que se persigue en su utilización.⁶

⁵ Ver Ray J.D. "Las Reglas de Hamburgo de 1978" citado en la nota 2. No. 4 de la pág. 53 y nota No. 39 pág. 54.

⁶ Ver Ray J.D., *op cit.*, en la nota precedente, Cap. IV, letra A pág. 16.

El término "razonabilidad" es un "estándar" que tiene raigambre constitucional en el ordenamiento jurídico argentino y significa aquello que puede ser requerido, en función de todas las circunstancias que caracterizan el caso concreto y que, "justicia", hace admisible la exoneración del transportador. Este, para excluir su responsabilidad, debe acreditar que adoptó las medidas que debe tomar un "buen transportador" para que no le sean imputables la avería, la falta o la demora.

En la sesión de clausura del Seminario de Buenos Aires, el 3 de octubre próximo pasado, refiriéndonos a la flexibilidad del término, destacamos que el criterio de "razonabilidad", referido a las medidas que debe adoptar el transportador para evitar el daño, es un estándar "valorativo" que se utiliza para juzgar su conducta y que puede sintetizarse en el "equilibrio conveniente", lo que puede ser requerido en función de las circunstancias, el curso normal de los acontecimientos y el costo de las medidas a tomar, en función a la situación de hecho y de las posibles consecuencias en caso de no tomarlas. Resulta, así un concepto doblemente relativo, porque la razonabilidad de las medidas a tomar depende, en primer lugar, del caso concreto y, en segundo lugar, del criterio del intérprete, ya sea el abogado, el juez, el árbitro o el jurista, quien debe hacerse cargo del problema.

D. Otros temas

Por último, y antes de finalizar este acápite de la responsabilidad, debo destacar que las Reglas de Hamburgo eliminan la exoneración por culpas náuticas e incendio, introducen expresamente la responsabilidad en caso de demora del transportista en el cumplimiento del contrato y establecen una limitación de responsabilidad infranqueable, salvo el caso de excepción: de dolo o culpa temeraria del transportador. Pero a estos temas no nos referimos por razones de tiempo.

III. Jurisdicción y legislación aplicable en el contrato de transporte

A. Importancia

Siempre es muy importante la determinación de la jurisdicción en que deben resolverse las diferencias emergentes de los contratos, porque del criterio que sustente el tribunal interviniente depende la ley aplicable y su interpretación.

Por esa razón es normal que en los conocimientos se establezcan cláusulas respecto a la ley aplicable y al tribunal que debe intervenir, y que las mismas se presenten conjuntamente. Debe tenerse bien en cuenta el principio que invoca: "la ley dice lo que los jueces dicen que dice".

Como hemos destacado, la fórmula utilizada por las Reglas de Hamburgo, para la exoneración del transportador es tan amplia y tan genérica que se presta a interpretaciones distintas y reviste, así, más importancia que en otros casos la determinación del tribunal que debe intervenir y el criterio que debe prevalecer para la decisión de los casos concretos que se plantean.

B. Las Reglas de Hamburgo

En la Convención de Bruselas no existen normas sobre jurisdicción ni sobre arbitraje; en cambio, el tema fue previsto en las Reglas de Hamburgo, consagrando una serie de opciones a elección del actor, sea el transportador o el titular de los derechos de la mercadería quien ejercite la acción (art. 21).

Estas opciones son ante el tribunal con jurisdicción sobre:

- a) el lugar en que se encuentre el establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado;
- b) el lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia, por intermedio del cual se haya celebrado el contrato;
- c) el puerto de carga o el de descarga;
- d) cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato;
- e) cualquier puerto o lugar de un Estado contratante, en que el buque que efectuó el transporte o cualquiera otro buque del mismo propietario, haya sido embargado, de conformidad con las normas aplicables de ese Estado y del derecho internacional (en esta hipótesis puede efectuarse la transferencia de la acción a otra jurisdicción de las indicadas precedentemente, otorgando una fianza).

Se prevé la jurisdicción de los Estados contratantes con respecto a medidas cautelares o provisionales y los casos de "litis pendentia" y acciones ejercitadas con posterioridad al dictado del fallo (arts. 20-21).

El sistema implantado por las Reglas facilita la elección del tribunal al actor, sea el transportador o el consignatario que ejercite su acción ante aquél que sea más favorable para sus pretensiones, es decir, que las Reglas facilitan lo que se conoce con el nombre de "forum shopping".

C. *El sistema en la República Argentina*

En la República Argentina el Art. 614 de la Ley de la Navegación reproduce la doctrina sentada en la llamada "Regla de Buenos Aires", aprobada por la Internacional Law Assotiation en la reunión de 1922 en nuestra Capital y recogida por la Suprema Corte de la Nación en 1936, en el caso "Comte c/Ibarra", en el que se consideró nula la cláusula del conocimiento que establecía otra jurisdicción que la del tribunal del puerto de descarga.⁷ Ese artículo textualmente dice:

"Los tribunales nacionales son competentes para conocer en los juicios derivados de los contratos de utilización de los buques, cuando las obligaciones respectivas deban cumplirse en la República salvo la opción que tiene el demandante por los tribunales del domicilio del demandado."

"En los contratos de fletamento total o parcial, o de transporte de carga general o de bultos aislados en un buque cualquiera, o de personas y, en general, en todo contrato en que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino, es nula toda la cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos."

El sistema de Hamburgo permite que el transportador accione ante el tribunal de uno de los lugares indicados precedentemente y, desde el punto de vista de los intereses de la carga, es preferible la solución de nuestra ley, que únicamente admite un convenio sobre jurisdicción con posterioridad al evento que determina el reclamo (art. 621) y que establece la jurisdicción inderogable por anticipado del Tribunal del puerto de descarga, aunque sea el transportador quien deba ejercitar la acción contra el consignatario, por cobro del flete o por gastos o contribuciones a cargo de las mercaderías.

Decimos que es preferible, para los intereses de la carga el sistema de la ley argentina porque el transportador, en el caso que sea actor no puede accionar contra el consignatario ante otro tribunal que el del puerto de descarga.

⁷ Ver Ray J.D. "La cláusula atributiva de jurisdicción" en *Rvta. Lecciones y Ensayos* No. 15 Buenos Aires 1960.

En EE. UU. la jurisprudencia también ha considerado inválida la cláusula del conocimiento que elimina la jurisdicción de los tribunales americanos en perjuicio del titular de los derechos del conocimiento que desea accionar ante ellos. Sin embargo, las partes pueden acordar el arbitraje, como forma de resolver sus diferencias, porque los tribunales admiten la validez de la cláusula compromisoria.⁸

Antes de finalizar este acápite, debemos formular dos aclaraciones. En primer lugar, que el art. 1o. de nuestro Código Procesal (reformado por la ley 21.305) sólo admite la prórroga anticipada de la competencia territorial, a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, excepto en aquellos casos en que los tribunales nacionales posean jurisdicción exclusiva. Y, en segundo lugar, que frente a ese texto general de la ley procesal, entendemos que debe prevalecer lo dispuesto en los arts. 614 y 621 de la Ley de la Navegación por ser de carácter específico y no haber sido derogados expresamente, a pesar de la reforma posterior efectuada por la ley 21.305.

IV. El arbitraje según las reglas de Hamburgo

A. Cláusula compromisoria

Las Reglas de Hamburgo consideran válidas la cláusula mediante la cual las partes pacten que cualquier controversia relativa al transporte de mercancías debe ser sometida a arbitraje (Art. 22).

B. Cláusula en el contrato de fletamento

Para que la cláusula compromisoria tenga efecto frente al titular de los derechos de un conocimiento es necesario que se encuentre expresamente establecida en el documento. Se desecha su validez al tenedor de buena fe, si se pretendiera aplicar la cláusula, porque el conocimiento remite a las cláusulas de un contrato de fletamento, entre las cuales se encuentra la cláusula compromisoria. Expresamente, así lo dispone el punto dos del art. 22 que estamos comentando.

C. Opciones sobre la jurisdicción

El actor tiene la posibilidad de optar para iniciar el procedimiento arbitral en el lugar pactado en la cláusula compromisoria o en el compromiso de arbitraje o en el situado en un estado en cuyo territorio se encuentre:

⁸ El tema se planteó en el Seminario de Buenos Aires y se expuso una opinión coincidente con la indicada en el texto.

- i) El establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado; o
- ii) el lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal, o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; o
- iii) el puerto de carga o el puerto de descarga.

De lo expuesto, se deduce que se consagran las mismas opciones para iniciar el procedimiento arbitral que para iniciar el procedimiento judicial, con excepción de la referente al lugar en que se haya trabado el embargo del buque.

Si en el conocimiento, o en el documento que evidencia el contrato de transporte, se incluye una cláusula compromisoria que establece la obligación de recurrir al arbitraje para cualquier diferencia que se plantee entre las partes, el actor siempre podrá optar respecto al lugar en que puede iniciar la acción, y cabe agregar que la opción funciona también respecto al lugar donde debe realizarse el arbitraje.

La cláusula sólo excluye la intervención de los tribunales judiciales, pero si mediante ella se pretende eliminar las opciones que las Reglas consagran, la cláusula es nula y sin ningún efecto.

D. Acciones en jurisdicciones distintas

En la hipótesis de que el transportador sea quien accione primero y lo haga contra el consignatario o contra el titular de los derechos de la carga, ante un tribunal de los distintos lugares que el actor puede elegir, por ejemplo, invocando una contribución en avería gruesa, o un abordaje, y si el titular de los derechos de la carga se considera, a su vez, con fundamento para reclamar perjuicios contra el transportador, cabe preguntarse:

¿Puede hacerlo ante el tribunal de otro Estado, de acuerdo a la opción que tiene el actor?

¿Pueden tramitarse dos juicios entre las mismas partes, en razón de un mismo contrato, ante tribunales de diferentes Estados, elegidos por los respectivos actores y con la posibilidad de sentencias contradictorias?; o, por el contrario, ¿se debe admitir la excepción de "litis pendencia" que puede oponer quien promovió primero uno de los juicios o quien notificó antes la acción a la otra parte?

¿Qué solución cabría dar si existe una norma nacional, como en la Argentina, en que el titular de los derechos de la carga siempre tiene la facultad de demandar ante sus tribunales, salvo que renuncie a esa jurisdicción, después de producido el hecho que da lugar al pleito? ¿Qué solución cabría en caso de que se plantearan excepciones de incompetencia para que un tribunal decrete la "inhibitoria" de otro?

Esos planteamientos podrían formularse también si, en el conocimiento, existe una cláusula compromisoria, porque quienes sean actores pueden invocar las opciones que consagran las reglas y pretender oponer excepciones de "litis pendencia", si se les demanda en otra jurisdicción. En nuestra opinión, es difícil que en las hipótesis planteadas pueda privarse al consignatario del derecho de optar por el Estado ante cuyos tribunales debe tramitar su reclamación judicial o arbitral, por la circunstancia de que el transportador haya accionado antes que él. Pero, desde luego, es un tema que quedará librado a la legislación y criterio de los tribunales intervinientes.

E. Procedimiento arbitral

En el conocimiento puede regularse el procedimiento arbitral, pero en la hipótesis de que en la cláusula se incluyera alguna disposición que pudiera considerarse irrazonable, su validez dependerá de la ley vigente en el lugar en que el actor decida iniciar su acción o la ejecución del laudo.

En nuestra opinión, la cláusula compromisoria debe respetar los derechos de las partes para que el procedimiento arbitral guarde todas las garantías de defensa respecto a la designación de los árbitros y a las formas para determinar la responsabilidad y para ofrecer las pruebas pertinentes.

F. Imperatividad de las reglas

El art. 22, en el punto 4, expresamente dice que el tribunal arbitral debe aplicar las Reglas de Hamburgo, lo que significa que en la hipótesis de que el tribunal no lo hiciera, expresa o tácitamente, la parte afectada podrá accionar por nulidad del laudo y la forma de hacerlo dependerá de lo establecido en el compromiso arbitral o de la ley del lugar en que se haya realizado el arbitraje o de aquella en cuyo lugar se pretenda ejecutar el laudo.

G. *Compromiso posterior*

El inc. 6 del art. 22, textualmente dice:

“Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará a la validez del compromiso de arbitraje celebrado por las partes después de presentada la reclamación basada en el contrato de transporte marítimo.”

De acuerdo a esta regla, después de presentado el reclamo fundado en el contrato de transporte marítimo, será válido el compromiso arbitral que se celebre, aunque el mismo no concuerde con alguna de las disposiciones precedentes en cuando al lugar del arbitraje o a la ley aplicable.

Cabe preguntarse cómo funciona esta disposición del punto 6 del art. 22 con relación a lo establecido en el punto 4 del mismo artículo y si tendría valor un compromiso mediante el cual se dispusiera la no aplicación de las Reglas de Hamburgo, porque en esta forma, por voluntad de las partes y después de producido el hecho, se estaría restando operatividad a las Reglas que son de orden público. Sin embargo, para esa hipótesis podría considerarse que las mismas Reglas consagran una excepción, porque después de presentado el reclamo se justifica que las partes estén en libertad de convenir cómo resolver el reclamo, en lo que se refiere exclusivamente a ellas y no a terceros, como podría ser el cargador o un tercero cualquiera.

H. *Medidas precautorias*

La consagración de una cláusula compromisoria no impide que los tribunales tengan la posibilidad de tomar intervención, al solo efecto de dictar medidas precautorias que tengan por objeto garantizar el cumplimiento del eventual laudo que deba dictarse.

Expresamente se prevé el caso con respecto a la jurisdicción judicial en el punto 3 “in fine” del art. 21 de la Convención, en cuanto se dice que si bien no puede iniciarse ningún procedimiento en relación con el transporte en un lugar distinto de los previstos opcionalmente para el actor, esta prohibición no debe constituir obstáculo a la jurisdicción de los Estados contratantes en relación con medidas provisionales o cautelares.

I. *Ejecución del laudo*

La Convención de New York de 1958, formalizada en la Conferencia convocada por Naciones Unidas y las de Panamá (1975) y Montevideo

(1979) en el ámbito de los Estados Americanos se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. Entiendo que en México se encuentra vigente la Convención de New York y ello es importante por el estímulo que implica para el procedimiento arbitral y por la regulación acertada del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

El art. 5o. de la Convención de New York establece los casos de excepción y puede decirse que son los que resultan de la aplicación analógica de las excepciones establecidas por la doctrina y por la mayoría de las legislaciones para la ejecución de las sentencias judiciales extranjeras.

La Convención elimina lo que se conoce con el nombre de "doble exequatur", es decir, la necesidad de obtener la aprobación judicial en el lugar en que se dictó el laudo y en el que se pretende ejecutar el mismo.

En la República Argentina no se encuentran en vigencia ninguna de las convenciones mencionadas precedentemente y existen normas expresas para la ejecución de las sentencias de tribunales extranjeros (art. 517 del Cód. Proc.), pero no para los laudos dictados por tribunales arbitrales extranjeros.

Sin embargo, cabe señalar que el Código Procesal equipara el laudo arbitral a la sentencia judicial, disponiendo que cuando hayan sido consentidos o ejecutoriados y haya vencido el plazo para su cumplimiento, se procederá a su ejecución. Si bien se puede sostener que la norma consagrada en el art. 499 se refiere a los laudos de tribunales arbitrales nacionales nada se opone a que se admita la equiparación con las sentencias de los laudos de tribunales extranjeros y, más aún si se tiene en cuenta que puede invocarse la interpretación por analogía. En efecto, si se equiparan los laudos a las sentencias en el ámbito nacional, no hay razón para someter los laudos extranjeros a un sistema distinto del establecido para la ejecución de las sentencias extranjeras.

El laudo para ser ejecutable debe ser definitivo de acuerdo a la ley del lugar en que fue dictado y, a su vez, debe ser analizado a la luz de las normas del lugar donde se pretende ejecutar.

Existen dos procedimientos para obtener la ejecución: uno mediante la acción fundada en el laudo y el otro, pidiendo el "exequatur" como si

fuera la sentencia de un tribunal judicial, a mérito de lo dispuesto en el Código de Procedimientos para la ejecución de sentencias extranjeras y éste sería el camino indicado, aplicando el criterio de interpretación analógica, por imperio de lo dispuesto en los art. 499 y 517 del Código Procesal.

J. Síntesis

Hemos comentado el art. 22 de las Reglas de Hamburgo que se refiere al arbitraje y, como síntesis, podemos señalar, en primer lugar, que se admite la exclusión de la jurisdicción judicial mediante una cláusula compromisoria y, en segundo lugar, que el actor siempre podrá optar por el lugar en que debe realizarse el arbitraje de las distintas hipótesis previstas.

Es evidente que será el transportador quien deberá incluir en el conocimiento o en el documento de transporte la cláusula compromisoria y que puede acordarse mediante telegrama o télex (art. 1o. de las Reglas).

Cabe destacar que ello también lo puede hacer al amparo de la Convención de Bruselas de 1924 (Reglas de la Haya). La diferencia radica en que, si son aplicables las Reglas de Hamburgo, es válida la cláusula compromisoria y la exclusión de la jurisdicción de los tribunales ordinarios; en cambio, según la legislación en la Argentina, si el consignatario impugna la cláusula podría considerarse inválida, porque sería de aquellas que el tribunal puede considerar que ha sido impuesta por el transportador y porque importa la exclusión de la jurisdicción de los tribunales a quienes corresponde conocer en las causas marítimas. Reitero que en la Convención de Bruselas nada se dice respecto al tribunal ante el cual se puede accionar, y que nada impide que las partes acuerden recurrir al arbitraje después de producido el hecho o que el transportador incluya la cláusula compromisoria en el conocimiento y que el consignatario acepte el procedimiento arbitral si lo considera conveniente.

V. Distintos sistemas arbitrales

Hemos destacado precedentemente que en el conocimiento puede incluirse una cláusula que regule el procedimiento arbitral y que la misma debe respetar los derechos de las partes en la designación del árbitro o árbitros, la presentación del reclamo o el descargo y la producción de pruebas (No. 4 letra F.).

Es necesario tener en cuenta las normas nacionales que regulan el arbitraje y los distintos procedimientos existentes como elemento de juicio para apreciar el funcionamiento de lo que puedan haber acordado las partes, antes o después de producirse el hecho que determina el conflicto.

A. Argentina

1. En la República Argentina pueden seguirse dos sistemas distintos: el del "juicio arbitral" o el del "juicio de amigables componedores".

EL juicio arbitral, de "jueces árbitros", está sujeto a ciertas formalidades y la sentencia arbitral es susceptible de los mismos recursos que las sentencias de los jueces, si no existe renuncia en el compromiso (Ver los Arts. 763 a 792 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en especial, los arts. 776-778-785-787 y 790).

El juicio de "amigables componedores" o "arbitradores" no está sujeto a formas legales y el laudo es irrecurrible, salvo que los arbitradores fallen fuera de lo estipulado en el compromiso o fuera de término, en cuyo caso el laudo está sujeto a una acción de nulidad (Ver los Arts. 793 a 799, en especial los Arts. 796 y 798 del Cód. de Proc.).

2. En nuestra opinión, si el tribunal arbitral incurre en "arbitrariedad", que se configura cuando el laudo puede ser descalificado como tal, el mismo sería susceptible de recurso ordinario y extraordinario ante los tribunales judiciales, si fuera un juicio arbitral o bien podría ser objeto de una acción por nulidad, si fuera un laudo de amigables componedores, en cuyo caso tendría que demandarse ante los tribunales de 1ra. instancia.⁹

Fundamentar mi opinión, implicaría exponer la doctrina de la "arbitrariedad" de las sentencias definitivas elaborada por la Corte Suprema, sobre la base de la garantía de la defensa en juicio (Art. 18 de la C.N.) y el "debido proceso" (due process of law), tanto en su aspecto formal, como en el substancial. Sin embargo, como este desarrollo excedería el tiempo de nuestra exposición nos limitaremos a mencionar, a título de ejemplo, que podría configurarse esta hipótesis, si los árbitros se apartaran de lo establecido en las Reglas de Hamburgo y las mismas fueran aplicables en el caso concreto.

En la República Argentina no se encuentra desarrollado el sistema arbitral en el campo del derecho de la navegación, y en la Asociación

⁹ Sobre el tema ver Carrio, Genaro, "El recurso extraordinario de sentencia arbitraria" Bs.As. 1967.

Argentina de Derecho Marítimo se está proyectando un sistema para estimular a las partes y a los abogados para que sometan sus diferendos al juicio de árbitros.

B. México

De lo que hemos leído en el "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales de México", de 1932, en su título VIII "del Juicio Arbitral" los árbitros deben decidir el caso, "según las reglas del derecho", a menos que en el compromiso o en la cláusula se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia" (Art. 628). La apelación sólo será admisible conforme a las reglas del derecho común y, contra la resolución del árbitro designado por el juez, cabe el amparo de garantías, conforme a las leyes respectivas (Art. 635).

Según hemos podido apreciar, en México existen las dos posibilidades previstas en la ley, el juicio arbitral y el de amigables componedores, y la revisión judicial depende de lo convenido por las partes, con la facultad judicial de no acordar el "exequatur", para la ejecución del laudo si existen razones de orden público que se opongan a ello.

El art. 634 del Código de Procedimientos expresamente dispone que los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros.

Esa norma consagra el principio general de que los tribunales de justicia deben prestar su imperio para que los tribunales arbitradores puedan llenar su cometido porque carecen de esa facultad que es típica del Estado. En todos los ordenamientos en que se admite el procedimiento arbitral como colateral del judicial existe esa norma, aunque no haya sido formulada en forma expresa por el Código procesal pertinente.

C. Estados Unidos de Norteamérica

Originalmente, los convenios sobre arbitraje no eran ejecutables en EE. UU porque se consideraban contrarios al orden público; hoy, por el contrario, reciben el respaldo y el estímulo judicial.¹⁰

En materia federal, la ley de 1925 se inspiró en la de New York State Arbitration Law y se modificó en varias oportunidades; recientemente,

¹⁰ Ver Healy, Nicholas. Exposición del 6 de Octubre de 1980 en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

en 1970, para incorporar las normas de la Convención de New York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

Los laudos pueden ser anulados o modificados en muy pocos casos que expresamente contempla la ley y, en general, puede decirse que la anulación sólo es procedente cuando hay una violación de los principios de orden público de los EE. UU.

La sociedad de árbitros marítimos ha adoptado un conjunto de Reglas de procedimiento que son obligatorias si las partes lo establecen en el compromiso.

Normalmente, el arbitraje de New York se conduce informalmente y salvo casos especiales no es común que los árbitros estén continuamente reunidos hasta que las audiencias concluyan. Sin embargo, hay casos en que el laudo se ha dictado en pocos días y nosotros lo pudimos experimentar en un conflicto planteado con respecto al cumplimiento de un contrato de time-charter.

D. Inglaterra

Los tribunales tienen una jurisdicción de supervisión sobre el arbitraje y sobre los árbitros ingleses y en la legislación y en el procedimiento existen algunas peculiaridades frente a lo que es común en otros lugares. Ante todo, los tribunales tienen supervisión para remover a los árbitros que no actúan o que no han actuado debidamente en procedimiento arbitral. Además, como en los otros países, pero en forma acentuada, tienen una jurisdicción de apoyo en todo lo referente a la conducción del procedimiento arbitral, desde la designación de los árbitros, producción de pruebas, exhibición de documentos o declaración de testigos hasta el cumplimiento de las resoluciones interlocutorias de los árbitros, pero es fundamentalmente en la jurisdicción de apelación en que el procedimiento es particular.

Así como no hay posibilidad de apelación a los tribunales judiciales sobre el laudo, en cuanto decide cuestiones puramente fácticas, de hechos, la cuestión es distinta cuando se trata de puntos jurídicos, de derecho. No sólo por las posibilidades del escándalo jurídico que derivaría de que un mismo tribunal ejecute dos decisiones totalmente contradictorias, a pesar de que los hechos fueron exactamente los mismos, sino también para obtener un cierto grado de certidumbre, de certeza, en cuanto al derecho aplicado o aplicable.

Existía, así, en el derecho inglés una posibilidad de apelar a los tribunales en todos los casos, siempre que estuviera de por medio una cuestión de derecho. Como esto implicaba una demora en muchos casos e Inglaterra desea mantener a Londres como el centro internacional del arbitraje comercial, financiero y marítimo, en 1979 se introdujeron, por la ley, algunas modificaciones fundamentales.

En primer lugar, las partes contractualmente pueden renunciar al derecho de apelar a los tribunales judiciales sobre cuestiones de derecho, siempre y cuando no estén de por medio cuestiones concernientes a seguro, navegación o comercio de commodities.

En segundo lugar, el derecho de apelación a los tribunales depende discrecionalmente del tribunal, en tanto y cuanto éste debe considerar que se encuentra involucrada una cuestión jurídica realmente substancial.

Por último, la decisión del juez será definitiva y no habrá derecho de apelación a la House of Lords, a menos que el juez certifique que hay razones especiales para conceder el recurso, por encontrarse de por medio una cuestión de interés público.

El arbitraje debe ser complemento de la tarea judicial. En el mes de octubre próximo pasado, un distinguido juez de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, Sir John Donaldson, en un Simposio que organizamos en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, destacaba que el arbitraje es la rama privada de la justicia inglesa y que no se considera como algo opuesto a los tribunales judiciales. Los jueces profesionales consideran a los árbitros como a sus colegas y a su labor como paralela a la judicial.¹¹

E. Organización Internacional de Arbitraje Marítimo

La Cámara Internacional de Comercio (I.C.C.) y el Comité Marítimo Internacional (C.M.I.) aprobaron, en 1978, un conjunto de Reglas sobre arbitraje que crean un Comité Permanente al efecto y dejan a las partes libertad de acción acerca de la designación, número de árbitros, lugar de funcionamiento del tribunal y ley aplicable. Únicamente si no hay acuerdo, el Comité Permanente tiene la facultad decisoria.¹²

¹¹ Ver Donaldson John. Exposición del 6 de Octubre de 1980, en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

¹² Ver Pineus Kaj. "The I.C.C./C.M.I. Arbitration Rules" en *European Transport Law* Vol. XIV No. 197-1979 pág. 839.

1. La cláusula compromisoria a incluirse en los contratos marítimos se sugiere que sea del siguiente tenor:

“Todas las disputas que emerjan del contrato serán resueltas de acuerdo con las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio-Comité Marítimo Internacional, por uno o más árbitros designados de acuerdo a dichas Reglas.”

2. El Comité-Permanente está formado por 12 miembros; seis designados por la Cámara Internacional de Comercio y los otros seis por el Comité Marítimo Internacional (Art. 2o. inc. 2).

3. Cuando una parte desea recurrir al procedimiento arbitral, previsto en las Reglas, debe presentar el pedido al Secretario del Comité con una copia para la parte demandada (Art. 3, Inc. 2), quien dentro del término del 21 días debe pronunciarse sobre el pedido. Si no hay acuerdo y el actor insiste en que el arbitraje es procedente, la cuestión debe ser resuelta por el Comité Permanente (Art. 3. Inc.2).

4. Expresamente, se prevé que el árbitro tendrá las facultades típicas de los “amigables componedores”, si las partes así lo resuelven (Art. 10).

5. Se regula el procedimiento arbitral y se prevén soluciones para los casos de reconvenición, nulidad de cláusulas contractuales, y pago de las costas del juicio y se dispone que el Comité está facultado para resolver todo aquello sobre lo que no exista acuerdo.

6. El laudo arbitral (Art. 12) es definitivo (Art. 15) y en el Art. 17 se dispone que para resolver todo lo que no esté expresamente previsto, el Comité y el Arbitro deben actuar de acuerdo al espíritu de las Reglas y debe hacer todo lo necesario para asegurar que el laudo sea legalmente ejecutable.

VI. Conclusiones

1. Las ventajas del arbitraje son la calidad y economía en el servicio.

La calidad, por la posibilidad de elegir a las personas más competentes para actuar como árbitros.

La economía de tiempo y de gastos, porque se eliminan las formalidades y se reducen los costos y el tiempo que importan los procedimientos judiciales.

2. En Londres, que es en donde más se ha desarrollado el arbitraje, se dice que en este procedimiento se encuentran reunidas esas condiciones y que —además— existe cierto grado de certidumbre, es decir, de previsibilidad en las decisiones por la existencia de una jurisprudencia al respecto y por la posibilidad del recurso judicial cuando se encuentra involucrado un tema jurídico importante.

3. Para reducir las contiendas ante los tribunales nacionales y la burocracia judicial, así como para estimular el arbitraje, es necesaria una acción pública y privada.

La acción pública debe manifestarse en una legislación adecuada y en un beneficio impositivo, como sería la reducción de los costos del sellado de los contratos que incluyan la jurisdicción arbitral. La reducción del sellado se justifica en función de la eliminación de las contiendas judiciales.

La acción privada —a través de instituciones como las Cámaras, Centros o Asociaciones que agrupen a los interesados— debe tender a una difusión del arbitraje, mediante cláusulas compromisorias y procedimientos eficientes que jerarquicen la institución.

Para que el arbitraje se convierta en un procedimiento común y ordinario para la solución de las divergencias, es necesario un cambio de mentalidad y una efectiva colaboración de parte de los profesionales letrados.

4. En cuanto al aspecto de los costos es importante que no sean elevados los honorarios de los miembros del tribunal ni los de los profesionales intervinientes. Pero también debe tenerse en cuenta que si no se remunera debidamente a unos y otros, se conspira contra la calidad del servicio y la difusión del instituto. No debe olvidarse que de los abogados depende que se acepte la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos y que las regulaciones de honorarios deben ser adecuadas a la función que desempeñen en el curso del juicio.

Una solución, que en algunas oportunidades sugerimos, fue la determinación por las partes de cifras mínimas y máximas, dentro de cuyos límites debían efectuarse las regulaciones. Los honorarios deben determinarse en función de la importancia del asunto y de los servicios prestados, teniendo en miras que el total no supere los costos del procedimiento judicial.

5. En la hipótesis de que las Reglas de Hamburgo fueran derecho vigente en un futuro próximo, podría utilizarse el arbitraje para obtener

laudos que pudieran servir de orientación jurisprudencial.¹³ Sobre todo, si se tiene en cuenta que, según hemos destacado la interpretación de las reglas debe realizarse atendiendo a las modalidades del comercio marítimo. En lo que concretamente se refiere a la responsabilidad del transportador, cabe reiterar que la fórmula y los textos empleados son genéricos y que el criterio de razonabilidad que se invoca, para juzgar si existe o no exoneración, tiene un marco de flexibilidad muy grande y la decisión en muchos casos dependerá del criterio del intérprete.

6. El único inconveniente es que en este tipo de asuntos la decisión del árbitro, si es definitiva, sólo tiene un valor de antecedente doctrinario y no de precedente judicial; y si se mantiene una posibilidad de recurso a los tribunales nacionales, no se pone fin al diferendo, como se desea hacer cuando se recurre al arbitraje.

¹³ Cabe recordar que las Reglas de Hamburgo sólo se aplican al contrato de transporte, pero no a los fletamentos, salvo cuando en función de éstos se haya otorgado un conocimiento y el beneficiario sea un tercero (Art. 2. Inc. 3).

En todos los formularios de contratos de fletamento, cuando la cláusula compromisoria está impresa, los corredores incluyen la cláusula de arbitraje en Londres y, eventualmente en New York o París. Ahora se ha eliminado la mención de Londres como lugar de arbitraje en algunas cláusulas impresas, pero reitero que es normal incluirla como designación específica.

Y debe tenerse en cuenta que las cuestiones, que va a veces se plantean, a la luz de los contratos del fletamento, son tan importantes o más que las que surgen en función del contrato de transporte.