

Revista de Derecho del Transporte

Terrestre | Marítimo | Aéreo y Multimodal

Rdt · 2011 · N.º 8



SUMARIO

DOCTRINA

	Pág.
ANDRÉS RECALDE CASTELLS, <i>El «derecho de control» en las Reglas de Rotterdam</i>	11
ALBERTO EMPARANZA SOBEJANO, <i>La presunción de contratación del transporte en nombre propio (art. 5 LCTTM) y la responsabilidad del porteador efectivo (art. 6 LCTTM): ¿una solución al problema de imputación de responsabilidades en el transporte con pluralidad de intervinientes?</i>	33
FRANCISCO JAVIER ARIAS VARONA: <i>Los efectos del concurso de los agentes de asistencia en tierra y el mantenimiento de su actividad</i>	59
PAOLA NICOLHE RODAS PAREDES, <i>El seguro marítimo de mercancías después de las Institute Cargo Clauses 2009 (A): Nuevas propuestas y viejos problemas</i>	81
TATIANA ARROYO VENDRELL, <i>El proyecto de reforma del Derecho marítimo alemán: Libro Quinto del Código de Comercio alemán (HGB)</i>	99

TRIBUNA PROFESIONAL

JAVIER DEL CORTE: <i>Algunas cuestiones prácticas del seguro en el transporte multimodal</i>	119
IMANOL BASTERRETxea IRIBAR, <i>La cobertura de las reparaciones provisionales bajo el seguro de buques en España</i>	139

SECCIONES

TRANSPORTE TERRESTRE

A. Noticias	157
B. Legislación	158
1. Legislación comunitaria	158
2. Legislación estatal	159
3. Legislación autonómica	162

	Pág.
C. Jurisprudencia	163
1. Comentarios de jurisprudencia: «Los rasgos distintivos del contrato de prestación de servicios logísticos frente al contrato de agencia (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, núm. 178/2009, de 30 de abril de 2009)», por Stella Solernou Sanz	163
2. Reseñas de jurisprudencia.....	172
A. Audiencias Provinciales.....	172
I) Transporte por carretera	172
1. Transporte de mercancías nacional	172
a) Pago del precio	172
b) Responsabilidad del porteador	173
c) Transporte continuado	175
d) Contrato de mudanza.....	176
e) Competencia de los Juzgados de lo Mercantil.....	176
f) Otras cuestiones.....	177
2. Transporte de mercancías internacional (CMR).....	177
a) Pago del precio	177
b) Responsabilidad del transportista	177
c) Otras cuestiones.....	180
II) Logística.....	181
D. Recensiones y bibliografía.....	181
1. Recensiones: « <i>Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre</i> , Justino F. Duque Domínguez y Fernando Martínez Sanz (Directores), Alberto Emparanza Sobejano y M. ^a Victoria Petit Lavall (Coordinadores), Aranzadi-Thomson Reuters, 2010», por Jesús Quijano González.	181
2. Bibliografía.....	190

TRANSPORTE MARÍTIMO

A. Noticias.....	197
B. Legislación	206
1. Española.....	206
a) Transporte marítimo. Normas de Derecho Privado	206
b) Derecho administrativo marítimo.....	209
2. Comunitaria	216
C. Jurisprudencia	219

	Pág.
1. Comentarios de jurisprudencia: «Acerca de la existencia y de la calificación como crédito refaccionario de un crédito derivado de un contrato de construcción de buque reconocido a favor de la armadora comitente frente a la empresa contratista concursada. (Comentario a la Sentencia de 6 de julio de 2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra -JUR/2011/283989)», por Iñaki Zurutuza Arigita	219
2. Reseñas de jurisprudencia	223
a) Transporte en régimen de conocimiento	223
b) Comisionistas y transitarios	224
c) Laboral marítimo	225
d) Otras cuestiones	226
D. Documentación. Pólizas	233

TRANSPORTE AÉREO Y MULTIMODAL

A. Noticias	239
B. Legislación	241
1. Legislación comunitaria	241
2. Legislación nacional	243
3. Convenios colectivos	251
C. Jurisprudencia	255
1. Reseñas de jurisprudencia	255
I) Transporte aéreo	255
a) Pasajeros	255
i) Equipajes	255
ii) Retraso	256
iii) Denegación de embarque y cancelación	257
b) Mercancías	260
c) Otras cuestiones	261
d) Sentencias y laudos arbitrales laborales	263
II) Transporte multimodal	266
D. Derecho de la competencia	267
E. Recensiones y bibliografía	271
1. Artículos en revistas y capítulos de libros: transporte aéreo	271
2. Artículos en revistas y capítulos de libros: transporte multimodal	279
3. Monografías: transporte aéreo	280

	Pág.
4. Recensiones	281
a) Alberto Ruiz Ojeda (Director), <i>Transportes</i> , vol. VI, Colección Derecho de la Regulación Económica, Iustel-Fundación Ortega y Gasset, Madrid 2010, 1102 pp., recensión a cargo de Carlos Bonnelly Ginebra.....	281
b) PÉREZ RIVARÉS, J. A., <i>Régimen jurídico de las ayudas públicas al transporte aéreo en la Unión Europea</i> , ed. Bosch, Barcelona, 2011, 442 pp., recensión a cargo de José Huguet Monfort	282

SEGUROS

A. Legislación	287
B. Jurisprudencia	288
1. Seguros marítimos	288
2. Seguros terrestres	289
a) Seguro de transporte terrestre de mercancías	289
a') Delimitación del riesgo	289
b') Interpretación	290
c') Determinación de la indemnización	292
d') Legitimación activa. Subrogación del asegurador.....	294
e') Legitimación pasiva	296
f') Prescripción de la acción.....	296
3. Seguros aéreos.....	298
C. Bibliografía	299
D. Documentación.....	299
Traducción al castellano de las <i>Institute Cargo Clauses</i> 2009 (A).....	299

EL «DERECHO DE CONTROL» EN LAS REGLAS DE ROTTERDAM

Andrés Recalde Castells *

Catedrático de Derecho Mercantil

Universitat Jaume I, Castellón

RESUMEN

Las Reglas de Rotterdam regulan por primera vez en el Derecho uniforme del transporte marítimo el que se califica como «derecho de control», que autoriza a dar órdenes o instrucciones que modifican el modo de ejecución del transporte. Se trata de una figura regulada en el Derecho general del transporte y, en particular, en los convenios internacionales aplicables a otros medios que lo califican como «derecho de disposición». Esta regulación no sólo atiende a la peculiar circunstancia de que el contrato se pueda variar por una de las partes, sino también a su función económica. En efecto, el derecho de control es una herramienta que permite al cargador especular sobre las mercancías entregadas al porteador. A su vez, la habitual exigencia de la presentación de los documentos de transporte para dar las órdenes confiere al comprador o destinatario o al banco, están en poder de esos documentos, la seguridad de que con ello se bloquea toda posibilidad de que el cargador vendedor cambie el nombre del destinatario o cualquier otra circunstancia del contrato que pudiera perjudicarlo. Sin embargo, las Reglas de Rotterdam en ocasiones se apartan de lo que constituyen reglas consolidadas en el «derecho general del transporte» y en las que se apoya la confianza de los operadores. En concreto, la exigencia de la presentación de los documentos, como requisito de legitimación, no se prevé en el caso de que se hubieran emitido documentos no negociables, lo que puede perjudicar a su consideración como «aceptables» en los créditos documentarios. Sin razones aparentes para ello, el mismo desvío de la regulación general cabe hallar en relación con otras previsiones relacionadas con el ejercicio (p. ej., pago de los gastos generados por el cumplimiento de las instrucciones, responsabilidad del porteador).

Palabras claves: Contrato de transporte marítimo de mercancías, reglas de Rotterdam, convenios internacionales, derecho de control, derecho de disposición, obligaciones del porteador.

The «right of control» in the Rotterdam Rules

ABSTRACT

Rotterdam Rules regulate for the first time in a maritime carriage convention a so called «Right of Control», which allows to modify the contract without

* Miembro del Centro de Derecho Internacional del Transporte (CEDIT).

the need of the carrier's consent. This is a well known legal concept within the framework of general Transport Law and particularly of international conventions, which are applicable to other means of transport, and where it is called «Right of Disposal». Not only attends this regulation to the peculiar fact that the contract can be altered by the instructions of one party (shipper or consignee), but also to its economic function. Indeed, the right of control is a tool that allows the seller/shipper to speculate on the goods delivered to the carrier. At the same time the usual requirement of presentation of transport documents to give orders to the carrier assures to the buyer or the bank, who are in possession of those documents, that the seller's right to modify the contract (name of consignee, place or term of delivery) is blocked. However Rotterdam Rules deviate from a consolidated regulation in a «General Law of Transport», that supports confidence in international trade. In particular, the new regulation for international carriage wholly or partly by sea requires surrender of documents (issued to give new instructions) to the carrier only if they are negotiable. This may affect the consideration of non-negotiable documents as «acceptable» in documentary credits. Without any apparent good reason, there are other deviations from the general transport regulation with regard to the exercise of the right of control (e.g. payment of costs resulting from compliance of instructions, responsibility of the carrier).

Keywords: Contract of Carriage of Goods by Sea, Rotterdam Rules, International Conventions, Right of Control, Right of Disposition, Duties of Carrier.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE CONTROL.—III. FUNCIÓN ECONÓMICA.—IV. CONTENIDO DEL DERECHO DE CONTROL.—1. El contenido de las instrucciones que modifican el contrato.—2. Límites a la facultad de alterar el contrato.—V. IDENTIDAD DE LA PARTE CONTROLADORA Y CONDICIONES PARA SU EJERCICIO.—1. Titularidad del derecho de control en ausencia de un documento cuya presentación es necesaria en destino o en caso de emisión de un documento no negociable.—2. Titularidad del derecho de control cuando se ha emitido un documento no negociable de presentación necesaria.—3. Titularidad del derecho de control en caso de un transporte representado en un documento negociable.—VI. OTRAS CONDICIONES FORMALES Y MATERIALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONTROL.—1. Mención de las instrucciones en un documento.—2. Solicitud de informaciones adicionales.—3. Pago de los gastos e indemnizaciones, anticipos y garantías.—VII. RESPONSABILIDAD.—1. Responsabilidad por el incumplimiento de las instrucciones.—2. Responsabilidad por el incumplimiento del régimen del derecho de control.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de las Reglas de Rotterdam (en adelante RR) en la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada el 11 de diciembre de 2008¹ pretendió crear un marco normativo, que, prescindiendo de una preocupación por lo que se calificaba como superflua «elegancia», resultara más «pragmático» y políticamente neutral que los textos vigentes, y que, sobre todo, corrigiera la dispersión

¹ Las RR se firmaron en la Conferencia celebrada en Rotterdam el 23 de septiembre de 2009. Su entrada en vigor se producirá cuando veinte países las ratifiquen (art. 94). En el momento en el que se redacta este trabajo tan sólo el Reino de España ha ratificado el Convenio mediante instrumento aprobado por las Cortes el 19 de enero de 2011.

de los numerosos tratados que regulan el transporte de mercancías por mar². En la actualidad están en vigor el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 («Reglas de La Haya», en adelante RH), modificado de forma parcial por el Protocolo de 1968 («Reglas de Visby», en adelante RV) y, luego, por otro Protocolo de 1979, pero a algunos transportes se aplica también el Convenio de Hamburgo de 1978 («Reglas de Hamburgo», en adelante RHmb). Sin embargo, no cabe desconocer que las RH, con su modificación por las RV, alcanzaron un alto grado de uniformidad, que sería el nivel que, al menos, las RR deberían superar para avanzar en la uniformidad tal como se pretende.

No es éste el momento de valorar si los resultados del nuevo texto se corresponden con los fines que se buscaban, ni de entrar en el análisis de las múltiples cuestiones que las RR plantean³. Pero no se puede negar que las RR suponen un cambio muy radical respecto de los textos vigentes. A simple vista y desde un mero análisis formal, resalta en primer lugar su extensión, extraordinariamente superior a la de cualquiera de los anteriores textos. Esta ampliación se liga a la enorme (y, a veces, descorazonadora) dimensión de muchos de sus preceptos, con un número abundantísimo de párrafos que, además, están abarrotados de remisiones desordenadas a otras normas, algo que nadie dejará de convenir en que no ayudará a la cabal comprensión del nuevo Convenio. Pero la ampliación también se debe a que las RR tratan de materias que hasta ahora no se consideró que debían ser objeto de la regulación uniforme.

Entre las cuestiones que ahora son objeto de atención destaca el incremento de las nuevas normas dedicadas a regular temas vinculados con la documentación. Más allá de las materias que tradicionalmente se trataban en este ámbito (p. ej., el valor probatorio del documento en relación con las mercancías recibidas y la

² STURLEY, «Transport law for the twenty-first century: an introduction to the preparation, philosophy, and potential impact of the Rotterdam Rules», *JIML*, 14, 2008, pp. 461, 477; *id.*, «General Principles of Transport Law and the Rotterdam Rules», *EJCCL*, núm. 1-2, 2010, p. 98; CARLSSON, «U.S. Participation in Private International Law Negotiations: Why the UNCITRAL Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea is Important to the United States», 44 *Tex. Int'l L. J.*, 2008-2009, 269, pp. 273 y ss.; BERLINGIERI, «The Rotterdam Rules: The "Maritime Plus" Approach to Uniformity», *EJCCL*, 2009-2, p. 49; *id.*, «General Introduction», en VON ZIEGLER/SCHLIN/ZUNARELLI, *The Rotterdam Rules 2008*, 2010, pp. 1 y ss. Para el proceso de elaboración de las RR en nuestro país, SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2010, pp. 595 y ss.; LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «Las Reglas de Rotterdam (I)», *Cuad.DºTR.*, 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 165, 167.

³ Para una visión general sobre las RR en nuestro país, desde una perspectiva crítica, *vid.* RUIZ SOROA, «La responsabilidad del transportista marítimo de mercancías en las Reglas de Rotterdam. Una guía de urgencia», *RDT*, núm. 4, 2010, pp. 13 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, pp. 595 y ss.; ARROYO, «Las Reglas de Rotterdam ¿para qué?», *ADM*, núm. 26, 2010, p. 33; también RECALDE, «Reflexiones sobre la significación de las Reglas de Rotterdam en la ordenación del contrato de transporte marítimo de mercancías», en EIZAGUIRRE (dir.), *XVIII Jornadas de Derecho marítimo donostiarra*, Vitoria-Gasteiz, 2011; en España la primera obra general publicada sobre las RR es la dirigida por EMPARANZA, *Las Reglas de Rotterdam*, Madrid-Barcelona, 2010, *passim*, la mayoría de cuyos capítulos ofrecen un panorama bastante crítico del convenio. Con rigor puede verse una visión más positiva en ALBA, «Las Reglas de Rotterdam: tercera vía e instrumento para la modernización del régimen del contrato de transporte internacional de mercancías», en EIZAGUIRRE (dir.), *XVII Jornadas de Derecho marítimo de San Sebastián*, Vitoria-Gasteiz 2011, pp. 15 y ss.

obligación correspondiente de custodia y entrega, o la posibilidad de insertar reservas en los documentos que excluyen ese valor probatorio), el nuevo régimen extiende el valor probatorio a otros aspectos, e incluye, ahora, previsiones sobre la legitimación para el ejercicio del derecho a la entrega de las mercancías (en donde se establecen diferencias en función de que se emitieran títulos-valores negociables o documentos no negociables, para, luego, dentro de cada una de estas categorías, se prevén nuevos subtipos), la transmisión de los derechos representados (materia en la que las consideraciones estrictamente documentales inciden sobre el sistema de transmisión real de derechos)⁴ o la utilización de la electrónica en la documentación (sorprendentemente la menos cuidada en el detalle)⁵.

Por otro lado, en otras ocasiones, el Convenio amplía su ámbito de aplicación más allá del segmento marítimo del transporte⁶, o atiende a cuestiones que hasta ahora eran desconocidas en el modelo de las RH-RV (p. ej., cláusulas de jurisdicción y arbitraje)⁷.

Destaca también el tratamiento que se ofrece de algunas materias directamente relacionadas con el contrato de transporte marítimo y de las que ya se ocupaban los convenios que regulan el contrato de transporte de mercancías que se realiza por medios físicos diferentes al mar. Esto ocurre, precisamente, con el conjunto de las nuevas obligaciones que se imponen al cargador⁸ o con una institución que el Convenio califica como «derecho de control» y del que se ocupa en sus arts. 50 a 56 del capítulo 10 («Derechos de la parte controladora»)⁹.

⁴ RECALDE, «Documentación del contrato, derecho de control y transferencia de derechos sobre las mercancías», en EMPARANZA (dir.), *Las Reglas de Rotterdam*, cit., 168. También DIAMOND, «The Next Sea Carriage Convention?», *LMCLQ*, 2008, 135, p. 138, critica que las RR traten de muchas materias que no tienen conexión directa con el contrato de transporte.

⁵ RECALDE, «Documentación del contrato, derecho de control y transferencia de derechos», 173; en la fase de elaboración de las RR GOLDBY, «The performance of the bill of lading's functions under UNCITRAL's draft Convention on the Carriage of Goods: unequivocal legal recognition of electronic equivalents», 13, *JIML*, 2007, pp. 160 y ss.; CHAN, *JMLC*, vol. 40, núm. 2, abril, 2009, pp. 185 y ss.; ALBA, «Electronic Commerce Provisions in the UNCITRAL Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea», 44 *Tex. Int'l L. J.*, 2008-2009, pp. 387 y ss.

En relación con la utilización de la electrónica en la documentación del transporte marítimo existían en nuestro país varios estudios que se remontan a hace unos cuantos años (RECALDE, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, pp. 412 y ss.; RECALDE, «La documentación en el transporte marítimo, con especial referencia al conocimiento de embarque», en AAVV, *La reforma del Derecho marítimo. Congreso de Bilbao de 1995*, Vitoria, 1995, 145, p. 180; MARTÍN CASTRO, «La documentación electrónica del contrato de transporte. Alternativas legales y prácticas al empleo de soportes materiales para la documentación de las operaciones de transporte», en CREMADES *et al.*, *Régimen jurídico de internet*, Madrid, 2002, 607, pp. 621 y ss.; RECALDE, «Electronificación de los títulos-valor», en CREMADES *et al.*, *Régimen jurídico de internet*, cit., 569, p. 590; ALBA, «Documentos de transporte y negociabilidad en un entorno electrónico», *RDM*, 263, 2007, pp. 69 y ss., y *RDM*, 264, 2007.

⁶ LÓPEZ SANTANA, «Ámbito de aplicación del convenio», en EMPARANZA (dir.), *Las Reglas de Rotterdam*, pp. 21 y ss.

⁷ No es éste el caso, sin embargo, de las RHamb, en las que sí que se regulaban estas cuestiones.

⁸ PULIDO, «Identidad y obligaciones del cargador», en EMPARANZA (dir.), *Las Reglas de Rotterdam*, 73, pp. 89 y ss.

⁹ RECALDE, «Documentación del contrato, derecho de control...», en EMPARANZA (dir.), *Las Reglas de Rotterdam*, pp. 188 y ss.; ARROYO VENDRELL, «El derecho de control sobre las mercancías en el nuevo marco legal del contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (Las Reglas de Rotterdam)», MARTÍNEZ/PETIT (dir.), HUGUET/PUETZ (coord.), *Régimen del*

II. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE CONTROL

Según la definición que ofrece el art. 1.12 RR, el «derecho de control» es el derecho a dar instrucciones al porteador en relación con las mercancías en el marco del contrato de transporte. Las normas de las RR, que son las primeras que las recogen en el ámbito del transporte marítimo, tienen, en buena medida, carácter dispositivo y, por tanto, las partes podrían excluir su aplicación en el contrato (art. 56 RR)¹⁰.

El origen del derecho de control se vinculaba tradicionalmente con la configuración del transporte como un contrato de obra. En éste, al titular del derecho a que se preste el resultado comprometido no sólo se le reconoce la facultad de desistir (como en el art. 1.594 Cc)¹¹, sino también la de dar otras instrucciones que varíen las indicaciones inicialmente impartidas sobre la forma en la que se debe ejecutar la prestación contractual. Pero probablemente el fundamento de este derecho se explica mejor en consideración al hecho de que el transporte es un contrato cuya ejecución se extiende en un lapso de tiempo que va desde el momento en que el porteador recibe las mercancías hasta aquel en el que las entrega en destino. Durante ese periodo pueden surgir nuevas circunstancias que inicialmente no se previeron. La posibilidad de cambiar parcialmente el conteni-

transporte en un entorno económico incierto, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 419 y ss. Sobre el derecho de disposición en general (*vid.* art. 360 Ccom) y en especial en el transporte marítimo previo a las RR, RECALDE, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, Madrid, 1992; en el transporte internacional por carretera (art. 12 CMR), RECALDE, «El derecho de disposición en el transporte internacional de mercancías por carretera», *RDM*, núm. 261, pp. 945 y ss.; su reflejo en el convenio que regula el transporte internacional de mercancías por ferrocarril (art. 18 Reglas CIM) en RECALDE, «El derecho a “disponer de la mercancía”», en EMPARANZA/RECALDE (dir.), *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, Madrid 2008, p. 139. La normativa internacional terrestre está en el trasfondo de la regulación del derecho de disposición en los arts. 29 y 30 de la Ley 15/2009 del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (JUAN Y MATEU, en DUQUE/MARTÍNEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Cizur Menor, 2010; PENDÓN, «El “Derecho de disposición”», *RDT*, núm. 6, 2010, pp. 173 y ss.). El art. 12 del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional y el art. 112 de la Ley de Navegación Aérea establecen el régimen del derecho de disposición en este modo de transporte. En fin, los arts. 14 y 15 del Convenio de Budapest relativo al Convenio de transporte de mercancías en aguas de navegación interior también regula esta institución clásica del contrato de transporte.

¹⁰ No siempre son claras las razones por las que la posibilidad de apartarse del régimen del Convenio se admite en unos casos y en otros no. El carácter dispositivo se establece para todo el art. 50, salvo su apartado 1.ºa) (que establece la cláusula en la que se fija el primer tipo de instrucciones que pueden constituir el contenido del derecho de control); también se reconoce el carácter dispositivo a lo previsto en el art. 52, que establece las condiciones para que el porteador ejecute las instrucciones que reciba; en fin, se declaran también dispositivas las previsiones del art. 51.1.b), que se refieren a la transferencia de derechos cuando no se emitió un documento o el documento emitido era no negociable y su rescate no era necesario. Sin embargo, cuesta entender la razón por la que las normas en cambio no serían derogables, p. ej., las normas sobre transmisión del derecho de control en otros supuestos como el del art. 51.2.a). De cualquier modo parece razonable prever que las compañías de transporte promuevan una restricción en la modificación del contrato, mediante cláusulas que reduzcan su ámbito y eficacia.

¹¹ P. ej., GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8.ª ed., Madrid 1983, p. 220.

do original del contrato permite adaptarse a cambios que pudieran sobrevenir en el curso de su ejecución¹².

Con un carácter general, cualquier elemento del contrato (objeto o sujetos) puede modificarse mediante un nuevo acuerdo convenido por las partes. Así lo prevén también las mismas RR, cuando establecen que la novación del contrato deberá acordarse entre el porteador y «la parte controladora» (art. 54.1); es decir, quien se califica como la «parte controladora» es, hasta el momento en que se ejecuta la entrega de la mercancía al destinatario, la contraparte con quien el porteador podría convenir, mediante un nuevo acuerdo, la modificación pactada del contenido obligacional inicial.

Sin embargo, el llamado derecho de control se refiere a la facultad que se atribuye a esa parte controladora de modificar unilateralmente alguno de los contenidos originales del contrato sin necesidad de que el porteador consintiera en ello. Tal caracterización explica que en algún ordenamiento este derecho se le califique como un *ius variandi* que se hace valer mediante contraórdenes (*diritto de contrordine*). No obstante, la calificación más extendida en el tráfico (y en los convenios aplicables al contrato de transporte que ya lo regulaban) era la de «derecho de disposición». Así se lo denominaba, también, en el Derecho español y en otros ordenamientos cercanos a nuestra cultura jurídica (*droit de disposition, Verfügungsrecht*)¹³.

Sin embargo, en el Derecho británico la expresión *right of disposal* hace referencia a un instrumento de tutela que, en el marco del contrato de compraventa, se reconoce al vendedor frente al comprador. Por tanto, es una institución que se sitúa al margen de las relaciones derivadas del contrato de transporte¹⁴.

Las RR han prescindido de esta terminología tradicional y se han inclinado por la de «derecho de control», más extendida en el mundo jurídico anglosajón. La opción es coherente con las intensas influencias que la nueva normativa del transporte marítimo internacional ha recibido de esta cultura jurídica.

Pero debe prevenirse frente al riesgo de que las dudas que esa calificación podría generar, pues quien está legitimado a modificar las previsiones originales del contrato de transporte no «controla» las mercancías en un sentido jurídico-real, ni se le puede considerar su poseedor¹⁵. Simplemente, está facultado a instruir

¹² BASEDOW, *Der Transportvertrag*, Tübingen, 1987, pp. 293 y ss.; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, 222.

¹³ ASQUINI, *Del contratto di Trasporto*, Torino 1925, p. 722; RODIERE, *Droit des transports. Transports terrestres et aériens*, Paris, 1977, pp. 266 y ss.; BASEDOW, *Der Transportvertrag*, p. 293; GRÖNFORS, *Cargo Key Receipt and Transport Document Replacement*, Gothenburg, 1982, p. 48; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, p. 220.

¹⁴ Sección 19 (1) (2) *Sale of Goods Act*, 1979, que reconoce al vendedor el derecho la facultad de disponer de las mercancías en garantía del pago del precio (VAN DER ZIEL, «Delivery of the goods, rights of the controlling party and transfer of rights», en THOMAS (ed.), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea - The Rotterdam Rules*, Devon, 2009, 242, p. 245).

¹⁵ Como se ha afirmado, quizá de manera algo exagerada (VAN DER ZIEL, «Chapter 10 of the Rotterdam Rules: Control of Goods in Transit», 44 *Tex. Int'l.L.J.*, 2008-2009, 376, p. 377, más matizado en p. 384; ARROYO VENDRELL, «El derecho de control sobre las mercancías en el nuevo legal del contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo», pp. 430 y 434).

al porteador con indicaciones que afectan al modo en el que éste debe ejecutar el transporte.

Constatado que el derecho de disposición no se regulaba en el régimen del contrato de transporte marítimo, conviene analizar las razones de esta diferencia con respecto de lo que ocurría en otros convenios. La habitual representación del derecho a retirar las mercancías en un título-valor negociable (el conocimiento de embarque, *Bill of Lading*) facilitaba al tenedor del título el «control» de las mercancías, impidiendo que éstas se entregaran a otro o que se modificaran las previsiones originales del contrato. Además, esa configuración facilitaba la forma más típica de «disponer» de las mercancías, que es modificando la persona a quien deben remitirse, ya que esto se producía mediante la transmisión del documento conforme a su ley de circulación.

Sin embargo, el derecho cobra toda su significación en los transportes que no están documentados en un título-valor. En este caso resulta fundamental determinar a partir de cuándo el beneficiario del contrato de transporte (el destinatario) adquiere el derecho a la entrega o precisar, mientras tanto, cuáles son las facultades para modificar el contrato que conserva el cargador hasta que no hubiera llegado el momento de la entrega de las mercancías en destino ¹⁶.

No obstante, la laguna también podría explicarse bien por los caracteres técnicos que concurren en el tráfico marítimo de línea regular. En este tipo de tráfico, la injerencia de los cargadores o destinatarios en la determinación del modo en el que el porteador debe ejecutar las prestaciones propias del contrato de transporte o la determinación de la forma de realizar las operaciones de entrega ineludiblemente se someten a serias dificultades operativas.

III. FUNCIÓN ECONÓMICA

El entendimiento del derecho a dar instrucciones como la mera facultad de modificar unilateralmente el contrato de transporte no pone de relieve de manera suficiente la significación funcional que posee en el tráfico de mercancías, y que se relaciona con su misma calificación como «derecho de control» ¹⁷. Desde que las mercancías se entregan al porteador en origen, salen del ámbito en el que el cargador puede ejercer sobre ellas el control que resulta de la posesión. Pero no por ello dejan de ser susceptibles de constituir el objeto de un contrato de compraventa o de negocios de garantía concluidos en consideración a la financiación

¹⁶ Sobre el destinatario en el contrato de transporte, *vid.* RECALDE, «La posición jurídica del destinatario en el contrato de transporte de mercancías», *RDT*, núm. 6, 2010, pp. 201 y ss.

¹⁷ REHSTEINER, *Das Verfügungsrecht des Absenders und des Empfängers im Frachtvertrag nach schweizerischen Recht*, Bern, 1929, p. 86; GRÖNFORS, «Verfügungsrecht und Kreditsicherung im Luftgütertransport ohne Dokumente», *Fest. Alex Meyer*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1975, p. 103; *id.*, *Cargo Key Receipt and Transport Document Replacement*, p. 56; BASEDOW, *Der Transportvertrag*, p. 293; RAMBERG, «The Multimodal Transport Document», en SCHMITTHOFF/GOODE (eds.), *International carriage of goods: some legal problems and possible solutions*, 1988, p. 8; TIBERG, «Legal Qualities of Transport Documents», 23 *Tul. Mar. L. J.*, 1998-1999, p. 37; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 239.

otorgada para aquella venta con expedición. La facultad de cambiar el nombre del destinatario o el lugar o el momento en que debe procederse a la entrega ofrece al vendedor una herramienta que le permite especular sobre las mercancías mientras están en viaje, o protegerse frente al incumplimiento de las obligaciones del comprador¹⁸. En efecto, al modificar las condiciones que se pactaron en el contrato de transporte (p. ej., el nombre del destinatario), el cargador-vendedor puede evitar que la entrega de las mercancías se realice a favor del comprador que inicialmente designó como destinatario, defendiéndose del riesgo de que éste incumpla su obligación de pagar el precio de la compraventa¹⁹. Lo mismo cabe decir respecto de un banco que financie la operación mercantil, quien querrá algún tipo de garantía de que se bloquea la entrega de las mercancías al cargador o al destinatario financiado. Si para dar nuevas órdenes al porteador, se debe presentar todo el juego (*full set*) de los documentos de transporte que se emitieron, el banco es consciente de que recibiendo alguno de esos ejemplares paraliza la posibilidad de una entrega de las mercancías al comprador o, al menos, se impide que las previsiones originales del contrato de transporte se cambien en perjuicio suyo.

Este efecto es consecuencia de que la entrega del documento al destinatario o al banco cumple una función de paralización del derecho del expedidor a variar el contrato. En este sentido hace años se destacaba ya la existencia de un derecho de control negativo o de bloqueo, que conllevan los documentos del transporte no negociables, en oposición al control positivo que se da cuando los documentos incorporan (como título-valor) el derecho a la entrega de las mercancías²⁰.

¹⁸ VAN DER ZIEL, «Delivery of the goods, rights of the controlling party and transfer of rights», p. 246; ZUNARELLI/ALVISI, «Rights of the Controlling Party», en VON ZIEGLER/SCHELIN/ZUNARELLI, *The Rotterdam Rules 2008*, 2010, pp. 219-220. Ya, antes de las RR, con más detalles, *vid.* RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 223 y ss.

¹⁹ El régimen uniforme de las compraventas internacionales contempla el derecho de disposición como un instrumento que sirve al vendedor para hacer valer su derecho a retener y, eventualmente, recuperar las mercancías vendidas y que se encuentran *in transit* (art. 71.2 del Convenio de Viena de 1980) (PEJOVIC, «Stoppage in transit and right of control: “conflicts of rules”?», 20 *Pace Int’l.L.Rev.*, 2008, pp. 129 y ss.). El Derecho histórico español situaba el *stoppage in transit* en el marco del régimen concursal, considerándolo la facultad del vendedor de separar las mercancías remitidas al comprador quebrado, que podía hacer valer incluso aunque se hubiera desprendido del conocimiento de embarque (art. 909.9 Ccom; RODRÍGUEZ, *La separación en la quiebra*, México, 1951, *passim*; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 183 y ss.; ARIAS VARONA, *El derecho de separación en la quiebra*, Pamplona, 2001, pp. 305 y ss.). Su fundamento se encontraba en un modelo de transmisión del dominio sobre bienes muebles, heredado del Derecho romano, en el que la transmisión de la propiedad en las ventas al contado no se producía hasta el pago del precio. En la actualidad la regulación del *stoppage in transitu* en el Derecho de la compraventa es excepcional y, en todo caso, en el Derecho español carece de justificación, pues su función se satisface con carácter general a través de la *exceptio inadimpleti contractus*. En este sentido, la orden del vendedor al porteador de que detenga el transporte y la solicitud de que le devuelva las mercancías enviadas, sólo es admisible en el marco en el que se cumplan los requisitos que se imponen al ejercicio del derecho de disposición en el régimen del contrato de transporte. De hecho, en el Convenio de Viena el *stoppage* sólo afecta a las relaciones entre vendedor y comprador, pero carece de cualquier efecto en las relaciones entre comprador o vendedor y el porteador (PEJOVIC, *est. cit.*, pp. 138 y ss. y 155 y ss., advirtiendo que en el conflicto entre el régimen de la compraventa y del transporte, éste deberá prevalecer, sobre un obsoleto *stoppage*, o, al menos, no será oponible al porteador).

²⁰ GRÖNFORS, *Cargo Key Receipt and Transport Document Replacement*, pp. 54 y ss.; con relación a los documentos del transporte marítimo no negociables RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 395.

En el tráfico, cuando cualquier operador tiene el documento del transporte en su poder, confía en que se bloquea la facultad de que el contrato de transporte pudiera ser modificado. En concreto, el tenedor del documento de transporte tiene la seguridad de que ni el cargador (ni un tercero a quien se hubiese asignado el derecho a modificar el contrato) podrán reclamar la devolución de las mercancías ni disponer de ellas, al menos antes de su llegada a destino. Así ocurre porque no pueden cumplir con la exigencia de la presentación del documento al transportista, que es condición para impartir legítimamente nuevas instrucciones.

Cuando el documento de transporte tiene los caracteres de un título-valor, esa función de paralización o «bloqueo» del derecho a modificar el contrato es consecuencia de su característica configuración jurídica, pues, en principio, sin la presentación de estos documentos no se puede exigir al deudor (al porteador) que cumpla el derecho documentado, la entrega de las mercancías.

Pero en los Convenios internacionales que regulan el contrato de transporte de mercancías, el condicionamiento del derecho de disposición a la presentación de los documentos del transporte es especialmente relevante cuando estos no son títulos negociables²¹. De ahí que a la tenencia de cualquier documento de transporte (negociable o no negociable) se le venga reconociendo, con un carácter general, este efecto de paralización del derecho de contraorden. La citada función de bloqueo protege a quien está en posesión del documento, en la medida en que excluye (control negativo) la posibilidad de que se impartan órdenes al porteador que desvirtúen la expectativa de recibir las mercancías que el tenedor pudiera tener. Por aquella razón las cartas de porte y otros documentos no negociables del transporte por carretera o ferrocarril han llegado a considerarse «aceptables» a los efectos de los créditos documentarios (art. 24 RUU)²².

IV. CONTENIDO DEL DERECHO DE CONTROL

El art. 50.1 enumera los supuestos que según las RR parecen ser las únicas facultades («el derecho de control ... comprenderá únicamente») que podrían integrar el derecho de control: el derecho a dar o modificar instrucciones relativas a las mercancías, que no constituyan una modificación del contrato (a), el derecho a obtener la entrega en algún puerto de escala o, respecto del transporte terrestre

²¹ Así art. 12.5.a) CMR, art. 19.1 CIM o art. 12 Convenio Montreal. Recuérdese que ninguno de los documentos de los que se ocupan los convenios reguladores de los transportes por carretera, ferrocarril o aéreo, son títulos negociables, ni su exhibición se exige para la entrega de las mercancías en destino. Por ello, si se busca un paralelo en la variada tipología de documentos prevista en las RR, éste debería hallarse entre los documentos no negociables cuya presentación no es necesaria, es decir, en los *seaway-bills* (art. 45 RR). Sin embargo, ARROYO VENDRELL, «El derecho de control sobre las mercancías en el nuevo marco legal del contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo», pp. 431 y ss., no distingue los requisitos de legitimación para la entrega de las mercancías y para el ejercicio del derecho a modificar el contrato.

²² RECALDE, «Cuestiones en materia de electrónica y de documentación en los créditos documentarios», RDM, núm. 215, 1995, pp. 7, 39; MARIMÓN, *Crédito documentario irrevocable: configuración jurídica y funcionamiento*, Valencia, 2001, pp. 315 y ss., 339, 342; GUERRERO, *Los documentos de transporte en las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios*, Madrid, 2006, p. 133.

o interior, en algún lugar de la ruta (b) y el derecho a sustituir al del destinatario por otra persona incluida la parte controladora (c).

Las RR parte de la distinción entre las instrucciones que no suponen la «modificación del contrato de transporte» [art. 50.1.a) RR]. Y las instrucciones que alteran lo pactado inicialmente y que, por tanto, representan un cambio del contrato convenido²³. Esto no parece discutirse respecto del cambio del lugar de entrega [art. 50.1.b)] o de la persona del destinatario [art. 50.1.c)]. Pero, en realidad, debe admitirse que cualquier alteración de las previsiones originales supone una modificación contractual. Quiere esto decir que a pesar del criterio restrictivo de la norma, no parece que con un carácter general deban rechazarse las nuevas instrucciones que modifiquen las impartidas inicialmente o las que se realizaran luego en el curso de la ejecución del transporte [p. ej., al amparo del art. 50.1.a)].

Lo que no es discutible es que el porteador debe cumplir alguna de las indicaciones que la parte legitimada pudiera impartir con el fin de variar el contrato, mientras que otras no tienen por qué ser atendidas. Sin embargo, no se precisa el criterio para determinar cuáles son las instrucciones que se pueden dar unilateralmente y cuáles sólo deberían aceptar el porteador tras un acuerdo novatorio convenido con la parte controladora²⁴.

De acuerdo con la interpretación más extendida en otros convenios, parece fácil avanzar que las instrucciones admisibles deben hacer referencia a un contrato ya concluido y perfecto. Por ello, se puede dar nuevas órdenes que complementan lo inicialmente pactado y que se refieren al modo en el que deben conservarse las mercancías (p. ej., las relativas a la temperatura) o a la forma de proceder a su entrega (p. ej., indicando que esta se debe efectuar en un concreto lugar o antes de una hora determinada), sin perjuicio de que las mercancías deban entregarse, en el lugar de destino pactado (art. 53)²⁵.

Por otro lado, las nuevas indicaciones no deberían crear una nueva relación negocial, de manera que el porteador podrá rechazar las instrucciones que alteren los elementos esenciales del contrato originario. No obstante, debe reconocerse que no siempre resultará fácil determinar si existe una modificación «esencial» del contrato que supone la alteración de las bases negociales fundamentales.

Parece claro que las instrucciones no deben cambiar la naturaleza del compromiso que el transportista asumió, ni modificar el régimen de responsabilidad. En particular, las instrucciones no podrían consistir en imponerle un desplazamiento

²³ Así ARROYO VENDRELL, *El derecho de control sobre las mercancías en el nuevo marco legal del contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo*, pp. 428 y ss.

²⁴ TETLEY, 14 *JIML*, 2008, p. 627, advierte que resulta contradictorio permitir al cargador impartir órdenes que modifican el contenido originario del contrato, sin modificarlo. Como la frontera entre las instrucciones que se pueden o no impartir son lábiles, otros convenios internacionales suelen establecer otras restricciones cuya comprensión resulta más clara (p. ej., en el transporte por ferrocarril RECALDE, «El derecho “a disponer” de las mercancías», p. 149).

²⁵ Probablemente, la finalidad de esta norma que remite al régimen general de la entrega, cuando, en ejecución de instrucciones, la entrega se realiza, p. ej., en un lugar de escala es permitir al porteador el cobro de la totalidad del flete (ZUNARELLI/ALVISI, «Rights of the Controlling Party», p. 233).

por un medio físico distinto al que originariamente se convino, ya que (salvo que así se hubiera previsto) para ese nuevo tramo se estaría asumiendo una obligación diferente a la de un transportista marítimo —la de un comisionista de transporte—, cambiando de tal forma la naturaleza de su relación negocial. Además, las instrucciones que se impartan deben hacer referencia a las mercancías que constituyeron el objeto del contrato de transporte que inicialmente se concluyó, por lo que el cambio no puede afectar a la identidad de las mercancías para las que se concluyó el contrato.

1. El sentido que tienen los condicionamientos al derecho de control se aprecian mejor en la referencia de las RR a la necesidad de que las instrucciones se puedan ejecutar conforme a sus propios términos en el momento en el que el porteador las recibe [art. 52.1.b)]. De ahí que al porteador no se le puede exigir que ejecute instrucciones que supusieran una interferencia en el curso normal de sus operaciones, incluidas las que afectan a los procedimientos técnicos y prácticas que sigue para realizar la entrega [art. 52.1.c)]. Es decir, el derecho de control no debe obstaculizar la facultad del porteador de gestionar con autonomía y discrecionalidad su propia empresa (p. ej., por eso puede rechazar las instrucciones de que el nuevo lugar de entrega sea un puerto en el que el buque no hace escala, o la orden de descargar la mercancía en un puerto de escala que careciera de los medios o instalaciones adecuadas para esas operaciones o para el depósito)²⁶.

No siempre será fácil determinar cuándo debe considerarse que se producen interferencias en la explotación de la empresa. Así ocurre, en general, si el cumplimiento de las instrucciones recibidas conlleva que el porteador altera su planificación empresarial originaria. En todo caso, parece claro que a la compañía de transporte no se le puede exigir que cumpla instrucciones que le impidiesen atender la demanda de nuevos clientes, ni las que no le garantizasen que podrá ejecutar en el futuro sus obligaciones para con otros clientes.

La interferencia en la gestión autónoma de la empresa será la razón que más habitualmente se invocará para rechazar las instrucciones. Por esta vía se reduce significativamente el ámbito de aplicación del derecho de control, pues en la mayor parte de los transportes de *liners* es difícil imaginar que la petición de entrega en un puerto de escala no interfiera en el curso normal de las operaciones del

²⁶ El Convenio para el transporte de mercancías por ferrocarril utiliza una cláusula general más clara, según la cual la ejecución de las modificaciones debe ser «factible, lícita y razonablemente exigible en el momento en que las órdenes lleguen a quien deba ejecutarlas y, en especial, no deberá obstaculizar la explotación normal de la empresa del transportista ni perjudicar a los expedidores o destinatarios de otros envíos» (art. 19, §3, RU CIM) (RECALDE, «El “derecho a disponer de la mercancía”», en EMPARANZA-RECALDE, *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, Cizur Menor, 2008, pp. 139 y ss.). El tenor de la norma se corresponde básicamente con los requisitos que delimitan en forma negativa el ejercicio del derecho de disposición en el transporte internacional de mercancías por carretera [art. 12.5.b) CMR]. En el transporte terrestre la facultad de impartir instrucciones se excluye también respecto de las modificaciones que condujeran a la división del envío [art. 19, §4, RU CIM y art. 12.5.c) CMR] (RECALDE, *RDM*, núm. 261, 2006, p. 985). Por tanto, las instrucciones no pueden consistir que el porteador entregue parte de las mercancías que integran un envío a una persona y otra parte del cargamento a otra. Aunque las RR no incluyan una mención equivalente, la «cláusula general» del art. 52.1.c) permite llegar a la misma conclusión.

porteador y, sobre todo, que no afecte a sus prácticas y sistemas de entrega, hoy en día altamente tecnificados y normalizados.

Como ya antes se apuntó, probablemente ésta es la otra razón por la que el derecho de disposición (ahora de control) ha sido escasamente utilizado en el transporte marítimo y por lo que nunca se reguló en el Derecho uniforme del transporte marítimo. Ahora bien, la posibilidad de oponer esta excepción no puede servir para excluir con carácter general el ejercicio del derecho de control que las RR contemplan expresamente.

Lo que no cabe alegar como excepción son los costes económicos resultantes de ejecutar las instrucciones, ya que el porteador tiene derecho a que se le indemnicen los gastos y perjuicios que pudieran derivarse (art. 52.2) y, a estos efectos, se ponen a su disposición medios que garanticen la satisfacción de esas cantidades (art. 52.3) (*infra*, 6.3).

2. El porteador también puede rechazar aquellas instrucciones que sean imposibles. Esta imposibilidad debe entenderse en un sentido material (p. ej., indicaciones a una naviera para que descargue las mercancías en un lugar del interior, si se pactó que el contrato sólo debía realizarse por mar) o puede tener ser de orden jurídico (p. ej., instrucciones para que la entrega se realice en un puerto que por cualquier motivo se encuentra cerrado). Las instrucciones tampoco pueden ser ilícitas ni contrarias a las buenas costumbres. Éste sería el caso de órdenes dirigidas a facilitar el incumplimiento de una obligación contractual que vincula al titular del derecho de control frente al destinatario. Si el porteador conoce que la finalidad de las instrucciones es incumplir las obligaciones contractuales que recaen sobre el que las imparte y que le vinculan con un tercero, ello supone un acto ilícito al que no debe contribuir el porteador.

V. IDENTIDAD DE LA PARTE CONTROLADORA Y CONDICIONES FORMALES PARA SU EJERCICIO

Si el derecho de disposición o de control supone la facultad de variar unilateralmente parte del contrato, es lógico que el núcleo de su régimen se ocupe en determinar la persona autorizada para instruir al porteador. Las RR lo califica como la parte controladora y no sólo se le identifica como la única legitimada para modificar el contrato en los términos del derecho de control, sino, además, para convenir cualquier cambio del contrato adoptado de común acuerdo con el porteador (art. 54.1 RR).

1. La condición de parte controladora parece corresponder, con carácter general, en el cargador²⁷, aunque mediante pacto expreso puede designarse como

²⁷ Las RR no dan ninguna relevancia a la posibilidad de que no coincidan el cargador que concluyó el contrato de transporte con el porteador (art. 1.8 RR) y el «cargador documentario», que es la persona, distinta del cargador que acepta ser designada como «cargador» en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte (art. 1.9 RR). La distinción entre el «cargador» y el «cargador documentario» adquiere interés en los casos de una venta FOB en los que cargador contractual es el compra-

titular al destinatario, al cargador documentario o incluso a otra persona. Esta última indicación puede generar dificultades en la medida en que pudiera utilizarse para imponer obligaciones a un tercero sin requerirse su consentimiento (p. ej., art. 58.2 RR)²⁸.

Ahora bien, esa previsión opera «salvo en los casos previstos en los párrafos 2, 3 y 4». Por tanto, sólo se aplica si no se emitió un documento de transporte o si el documento que se expidió no era negociable y su presentación no era necesaria para reclamar la entrega de las mercancías en destino, es decir, en el supuesto de un transporte documentado en una carta de porte marítimo (*seawaybill*) (art. 45)²⁹.

El derecho de control subsiste mientras rige el periodo de responsabilidad del porteador y se extingue cuando finaliza éste (art. 50.2). Esta afirmación plantea dificultades en los casos en que el porteador hubiese perdido la posesión de las mercancías (por pérdida, robo, o entrega a un tercero distinto del legitimado). Si se considera que en el momento en que el porteador perdió la posesión terminó el periodo de responsabilidad, aquél no se vería obligado a seguir las instrucciones que se le pudieran impartir para una eventual recuperación de las mercancías³⁰. Además con esta referencia temporal lo que se hace es confundir los términos que delimitan el periodo temporal de responsabilidad, con las condiciones de legitimación para el ejercicio del derecho de disposición que se sitúan en un plano diferente y se someten, también, a un régimen distinto de la obligación por custodia.

Además, la parte controladora puede perder la facultad de ejercitar ese derecho, incluso antes de que culmine el periodo de responsabilidad. De acuerdo con lo que prevén otros convenios y a la naturaleza del transporte como un contrato a favor de tercero, la extinción del derecho de control del cargador debe producirse desde que, habiendo llegado las mercancías a destino, el destinatario reclamara la entrega, aunque las mercancías sigan en su poder y, por tanto, permanezca en

dor-destinatario, pero en los que se constata la necesidad de tutelar al vendedor que recibe el documento al entregar las mercancías al porteador (RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 229).

²⁸ ZUNARELLI/ALVISI, *Rights of the Controlling Party*, pp. 226 y 228, y, especialmente, p. 232.

²⁹ Nos hallaríamos, por tanto, ante un transporte que no se representa en un documento específico o en un contrato que se documenta en una carta de porte marítimo (*seawaybill*) (RECALDE, voz «Seawaybill», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, p. 6069). El régimen de estos documentos contrasta con el aplicable a la entrega en los documentos de transporte no negociables, pero cuya presentación al porteador es necesaria para retirar las mercancías (art. 46), es decir, el caso del conocimiento directo o nominativo (*straight bill of lading*, *Rektakonnossement*). En fin, en materia de legitimación las RR regulan en tercer lugar la emisión de un documento de transporte negociable (art. 47). Las normas sobre legitimación del destinatario en las RR son, sin embargo, muy complejas y pueden ser fuente de confusión. Además es discutible la justificación de su tratamiento en un tratado dedicado al transporte, en la medida en que se insertan en materias que constituyen uno de los «núcleos» duros de la ordenación interna (el Derecho de los títulos-valor). Las dudas son especialmente relevantes a la luz de la inserción en el nuevo Convenio de la *raras avis* del documento de transporte negociable en el que el porteador se reservó la facultad de entregar las mercancías sin rescatar el título (art. 47.2) (RECALDE, «Documentación del contrato, derecho de control, ...», pp. 177 y ss.; una interpretación distinta, pero de indudable valor por su origen, en ALBA, *Las Reglas de Rotterdam: tercera vía e instrumento para la modernización del régimen del contrato de transporte internacional de mercancías*, p. 69, n. 116).

³⁰ Para los términos de la discusión ZUNARELLI/ALVISI, *Rights of the Controlling Party*, p. 223.

vigor el periodo de responsabilidad. Desde que hace valer los derechos contractuales que se le atribuyeron por el estipulante originario, el destinatario (*qua* beneficiario del contrato concluido a su favor) entra en la relación contractual. Ello supone que el estipulante originario no podrá dar al porteador nuevas indicaciones que pudieran perjudicar al destinatario, ni impedir el ejercicio de un derecho que ya ha entrado en su esfera subjetiva³¹. Si no fuera así, se produciría una peculiar situación en la que el destinatario habría podido reclamar las mercancías, dándose inicio a los actos de recepción de las mercancías tras la llegada de éstas a destino, y, sin embargo, se viera decepcionado en su pretensión como consecuencia de las nuevas órdenes del cargador impartidas al porteador para que éste paralizara la entrega. En efecto, aunque no se reconozca expresamente, la facultad del cargador de variar el contrato (p. ej., con un nuevo nombre de la persona a la que se deben entregar las mercancías) se agota desde que el destinatario invoca su condición de acreedor contractual frente al porteador.

Las RR permiten que el cargador o la persona que se hubiese designado como titular del derecho de control (p. ej., el destinatario) lo transfieran a un tercero, a cuyos efectos deberán notificarlo al porteador. A partir de ese momento la condición de parte controladora corresponderá a quien se hubiera realizado la transferencia [art. 51.1.b)]. La posibilidad de variar el nombre de la persona que constaba como parte controladora, sin necesidad de que el porteador consienta, no se ajusta a la afirmación de que los supuestos mencionados en el art. 50.1 son las únicas instrucciones que se pueden impartir al porteador. En todo caso, conviene recordar que la posibilidad de transferir el derecho es un precepto disponible o derogable (art. 56, segundo inciso). Dadas las consecuencias que la transmisión de la titularidad del derecho de control puede tener para el porteador y las limitaciones a su libertad para gestionar autónomamente el curso normal de las operaciones de la empresa, parece razonable predecir la difusión de cláusulas que excluyan la transferibilidad.

La transmisión se realiza cuando se notifica al porteador [art. 51.1.b)]³². Sin embargo, como supone el cambio del titular autorizado a variar el contrato, la transferencia se somete a las demás condiciones que regulan el ejercicio de este derecho (art. 52 RR y *supra* apartado 4.2). Por esta razón, la transferencia no debería ser posible desde que las mercancías llegaron a destino y el destinatario hubiese reclamado su entrega.

Al regular las condiciones para el ejercicio del derecho de control, las RR se desvían de lo que prevén otros convenios que regulan el transporte que se ejecuta por medios diferentes al marítimo. En efecto, cuando se ha emitido un documento no negociable, al titular del derecho de control sólo se le exige que

³¹ RECALDE, *Documentación del contrato, derecho de control...*, pp. 192 y ss.; contra VAN DER ZIEL, 44 *Tex. Int'l.L.J.*, 2008-2009, pp. 376, 378; ARROYO VENDRELL, *El derecho de control sobre las mercancías en el nuevo marco legal del contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo*, p. 437.

³² ZUNARELLI/ALVISI, *Rights of the Controlling Party*, p. 227; contra VAN DER ZIEL, *Delivery of the goods, rights of the controlling party*, p. 250, para quien la transmisión se habrá de realizar con arreglo a las normas del Derecho interno.

se identifique debidamente como tal [51.1.c) RR] (el régimen es, por tanto, el mismo que el previsto para cuando no se emitió un documento de transporte). No se le pide, por tanto, que presente el documento no negociable. Esto supone que los requisitos aplicables a la carta de porte marítimo (*seawaybill*) se desvían profundamente de las previsiones que rigen las cartas de porte del transporte terrestre (por ferrocarril o carretera) o aéreo, cuya presentación, aunque no se requiera para retirar las mercancías en destino, sí que se exige para dar instrucciones al porteador que varíen el contrato. Al condicionarse la vinculación del porteador frente a las instrucciones a que se presentara el documento, la carta de porte se configuraba como un instrumento que atribuía ese control «negativo» del derecho de disposición. De la garantía que ofrecía al tenedor este bloqueo de la facultad de modificar el contrato derivaba su calificación como un documento aceptable en el crédito documentario³³ o las garantías que atribuía al vendedor en las ventas con expedición. En efecto, los bancos consideran un documento no negociable como aceptable en los créditos documentarios, porque su tenencia bloquea la impartición de nuevas instrucciones que pudieran deteriorar su posición. En la medida en que para el ejercicio del derecho de control en las RR no se requiere la presentación de los documentos no negociables, ello puede cuestionar la aceptación de los documentos marítimos no negociables (*seawaybills*) en el crédito documentario, y reducir de forma importante su valor comercial en el tráfico³⁴.

La necesidad de un expreso reconocimiento de la necesidad de presentar el documento para poder variar el contrato y, consiguientemente, del efecto paralizante del derecho de disposición que deriva de su entrega al destinatario o al banco es, por ello, esencial, sobre todo en los documentos de transporte no negociables, pues en los títulos-valor deriva de su misma caracterización como documentos en los que el porteador puede condicionar el ejercicio de los derechos en ellos representados (los que derivan del contrato de transporte) a la exhibición y rescate de ellos³⁵.

2. En el caso de un documento no negociable que debe restituirse para obtener la entrega de las mercancías (conocimiento de embarque directo o nominativo, *straight bill of lading* o *Rektakonnossement*) la condición de «parte controladora» recae, en principio, en el cargador. Pero éste «podrá transferir el derecho de control a la persona designada en el documento como destinatario

³³ RECALDE, *El conocimiento de embarque*, pp. 394 y ss.; y, con más detalles, RECALDE, «A propósito de los requisitos de “aceptabilidad” de los documentos de transporte en el nuevo crédito documentario», *Estudios Homenaje al prof. A. Menéndez*, Madrid, 1996, 3395, pp. 2297 y 3409.

³⁴ DIAMOND, «The Next Sea Carriage Convention», *LMCLQ*, 2008, p. 179.

³⁵ Hace ya bastantes años que en el seno del Comité Marítimo Internacional se plantearon ya los debates en torno al juego de este derecho en el tráfico marítimo, con dos tesis contrapuestas: por un lado la de RAMBERG, que pretendía una acomodación de los documentos del transporte marítimo no negociables (*seawaybills*) al régimen de los de otros documentos del transporte, y, por otro lado, la de GRÖNFORS, que en consideración a las dificultades para la impartición de nuevas instrucciones, defendía la necesidad de suprimir esta facultad de modificación unilateral del contrato (*vid.* referencias en HERBER, «Seefrachtbriefe und das geltende Recht», *TranspR*, 1986, 167, p. 173; RECALDE, *El conocimiento de embarque*, p. 396, especialmente nt. 767).

mediante la mera transferencia a dicha persona del documento efectuada sin endoso» [art. 51.2.a)].

Si con el término «podrá transferir» y con la referencia a «la transferencia ... del documento» se quiere decir que el derecho de control que permite modificar el contrato se transmite al destinatario por la simple entrega del documento, pero que puede realizarse de otras maneras, la solución es, de nuevo, incongruente con lo previsto en los convenios que regulan otras modalidades de transporte unimodales. En ellos el reconocimiento al destinatario del derecho de disposición suele condicionarse a una expresa atribución al mismo del citado derecho pactada en el contrato, que venga, además, reflejada en el documento. Pero no por el mero hecho de la «transferencia» del documento. No obstante, este desvío respecto de lo previsto en otras convenciones podría justificarse porque en los transportes que se realizan por medios diferentes al marítimo no se conocen documentos cuya presentación es necesaria para reclamar la entrega. En todo caso, con arreglo a las RR parece que la referencia en el documento al destinatario y la tenencia de éste en su poder bastarían para considerarlo legitimado a variar el contrato, sin necesidad de una constancia específica en el documento de su condición de titular del derecho de control.

Quien pretende hacer valer el derecho de control debe identificarse, en todo caso, como cargador o como destinatario, ya que sólo estos están legitimados a impartir las nuevas instrucciones.

Aunque pueden cambiarse las instrucciones originales del contrato, lo que no se admite es modificar posteriormente el titular del derecho de control. O sea, en ejercicio del derecho de control, podría variarse el nombre del destinatario que se estableció inicialmente, pero no se puede atribuir al nuevo beneficiario el derecho a modificar de nuevo el contrato.

El ejercicio del derecho de control (tanto por el cargador como, eventualmente, por el destinatario) se condiciona a que el legitimado presente al porteador el documento de transporte (o todos los originales, si se emitieron más de uno). Este requisito es consecuencia de que el cumplimiento por el porteador de las instrucciones que consisten en la petición de que se entreguen las mercancías antes de su llegada a destino sin que éste hubiera reclamado la presentación del título, podría frustrar el derecho a la entrega del destinatario o de un cesionario al que se hubiera cedido el derecho a la entrega de las mercancías habiéndosele remitido el documento. Al ser éste un documento de presentación necesaria, debe protegerse al tenedor del documento frente a las instrucciones que pudieran desvirtuar su derecho.

3. En tercer lugar, el Convenio se refiere a la legitimación para ejercitar el derecho de control habiéndose emitido un documento negociable (art. 51.3), supuesto al que se asimila la emisión de un documento de transporte electrónico negociable (art. 51.4). En ambos casos, el derecho de disposición se atribuye al «tenedor legitimado» del documento (*holder*)³⁶. La validez de las instrucciones se

³⁶ El concepto de «tenedor» debe interpretarse en conjunción con lo que señala el art. 1.10.a) RR: tenedor es «la persona que esté en posesión de un documento de transporte negociable y, i) en caso de

condiciona a que el tenedor presente el documento o el juego completo de documentos de transporte, si se hubiera emitido varios originales y a que se encuentre legitimado, es decir, el cargador no podría ejercer el derecho si el documento se emitió a la orden del destinatario³⁷. Con ello, el porteador se protege del riesgo de que un tercero hubiese adquirido alguno de los ejemplares del documento, en base al cual pretendiera reclamar legítimamente la entrega. En este caso, si el porteador aceptara las instrucciones (que p. ej., cambian el lugar o la persona a la que se deben entregar las mercancías) sin exigir la presentación de todos los ejemplares del documento negociable, tendría que responder frente a este tercero [arts. 47.2.c)].

La transmisión del documento de transporte negociable con arreglo a su propia ley de circulación transfiere al adquirente el derecho de control [art. 51.3.b)]. En el caso de un documento a la orden, la transmisión debe haberse realizado mediante el correspondiente endoso a favor de la persona que pretende hacer valer el derecho [vid. la remisión al art. 1.10.a).i)], por un lado y al art. 57 por otro, aunque no parece que se pretenda decir cosas diferentes en uno y otro precepto]. Lo que no se contempla es la posibilidad de ejercitar el derecho de control por el cesionario en virtud de una transmisión impropia o mediante cesión del derecho documentado.

La aplicación de esta norma puede complicarse a la luz de lo previsto en el art. 47.2, donde se introdujo el extraño caso del título negociable de transporte (en papel o electrónico) en el que el porteador expresamente se reserva la facultad de entregar las mercancías sin exigir el rescate del documento (papel o electrónico) de transporte. Pues bien, ante un documento de estas características no está claro si para hacer valer el derecho de control sería o no necesaria la presentación de ese documento (o del correspondiente documento electrónico de transporte). Parece que debería afirmarse esta exigencia, puesto que no se establece excepción alguna a la regla que condiciona el ejercicio del derecho de control a la presentación del juego completo (*full set*) de documentos negociables emitidos [art. 51.3.c)]. Otra cosa es la limitada eficacia del rescate de los documentos, si su tenedor soporta el riesgo de que el porteador hubiese entregado ya las mercancías en el puerto de destino, al amparo de la facultad que se reservó para proceder así sin exigir el documento negociable.

VI. OTRAS CONDICIONES FORMALES Y MATERIALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONTROL

Como se ha indicado, los presupuestos generales a cuyo cumplimiento el porteador puede condicionar el cumplimiento de las instrucciones son: a) que

que el documento se haya emitido a la orden, esté identificada en dicho documento como el cargador o el destinatario, o como la persona a la que el documento haya sido debidamente endosado». Sin embargo, no se precisa a quién puede considerársele tenedor de un documento electrónico.

³⁷ Desde una autorizada posición se consideraba que en el caso en que el transporte marítimo se documentara en un conocimiento de embarque negociable, el cargador, en tanto se encontrara en posesión de todos los ejemplares, podría modificar la designación del destinatario borrando su nombre del documento, incluso aunque no fuera el tenedor legitimado. Parece que con las RR esta posibilidad no sería ya factible RR (PEJOVIC, 20 *PaceInt'l L. Rev.*, 2008-2009, p. 145).

la persona que emite las nuevas indicaciones realmente esté legitimada como «parte controladora» para ejercitar el derecho de control; *b*) que las instrucciones puedan ser ejecutadas razonablemente y conforme a sus propios términos y *c*) que su ejecución no interfiera en el curso normal de las operaciones del porteador (art. 52.1). Sin embargo, como tantas otras veces en las RR, la norma general se acompaña inmediatamente de una excepción («a reserva de los dispuesto» inmediatamente después). En efecto, en otros párrafos del mismo precepto se establecen nuevas condiciones materiales y formales que delimitan el marco en el que el porteador llegará a estar vinculado por el ejercicio del citado derecho.

1. Alguno de estos condicionamientos tiene un carácter formal. En concreto, las nuevas instrucciones deben hacerse constar en un documento negociable, en un documento no negociable que deber ser restituido o en un documento electrónico de transporte no negociable (art. 54.2). Aunque de forma elíptica, debe concluirse que las nuevas instrucciones se tendrán que incluir precisamente en el mismo documento en el que se representó el contrato. Si no se emitió documento alguno, las instrucciones también deberían acreditarse por escrito.

Será necesario, además, la firma de las modificaciones, «de conformidad con lo dispuesto en el art. 38». Ese precepto sólo exige la suscripción del porteador o de una persona que actúe en su nombre (p. ej., el capitán). Sin embargo, los fines probatorios que subyacen a la exigencia de que las instrucciones vengan firmadas justificarían que se exigiera también la firma de quien imparte las instrucciones.

Estos requisitos formales pretenden, por un lado, permitir al porteador acreditar que cumplió las nuevas instrucciones en los términos en los que éstas que se le hubieran impartido; por otro lado, en el caso de que se tratara de un documento de transporte negociable, se busca garantizar al adquirente de buena fe de éste el contenido de su derecho de acuerdo con la nueva «literalidad» documental.

Lo que no es necesario es que la impartición de las nuevas instrucciones se justifique en una causa o en un motivo concreto. El derecho de control permite a su titular variar el contrato, facultad que puede hacer valer discrecionalmente, siempre que se satisfagan los condicionamientos materiales y formales que lo delimitan.

Si el porteador decidiese no cumplir las instrucciones, deberá comunicarlo a la parte controladora a la mayor celeridad. Así se prevé en otros Convenios internacionales (p. ej., art. 16.6 CMR, art. 19.5 CIM) y, aunque las RR no establecen una previsión similar, la misma diligencia debe exigirse en virtud de la buena fe contractual³⁸. La obligación de comunicación opera tanto cuando el porteador considera que no le es exigible el cumplimiento de las instrucciones, como también cuando tuviera dudas sobre su exigibilidad. El porteador deberá indicar, igualmente, las razones por las que rechaza el cumplimiento de esas indicaciones, a los efectos de que la parte controladora pueda, en su caso, subsanar los defectos de las instrucciones que impartió, aportando información complementaria.

³⁸ Para el CMR, en este sentido, RECALDE, *RDM*, núm. 261, 2006, p. 983.