

## **REGIMEN JURÍDICO Y RESPONSABILIDAD DEL TRANSITARIO MARITIMO.**

### **UN POSIBLE NUEVO ENFOQUE DE LA PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA**

#### **I INTRODUCCIÓN**

Para la más adecuada comprensión del “régimen jurídico y la responsabilidad del transitario marítimo”, es de todo punto conveniente comenzar dando una idea o noción de lo que es un transitario.

Hasta fechas relativamente recientes los intercambios internacionales de mercancías habían venido estando estrechamente ligados a los tradicionales modos de transporte empleados para llevarlos a cabo (terrestres, marítimo y aéreo), pese a los múltiples esfuerzos realizados desde tiempos inmemoriales al objeto de encontrar un tipo de transporte universal, es decir, capaz de superar todos los obstáculos y accidentes naturales.

Esta situación, fruto, en sus inicios, de la libre elección de los interesados, y más adelante de la necesidad de apurar al máximo las posibilidades de cada modalidad de transporte, llegó a crear, como es lógico, una mentalidad y una forma de actuar sumamente tributaria de los distintos modos y sistemas de transporte; mentalidad que todavía subsiste en muchos casos debido a que a las empresas porteadoras se les hace muy difícil y costoso implantar una estrategia de servicio que vaya mucho más allá de la clase de transporte en torno a la cual gira su negocio.

Este panorama, sin embargo, comenzó a cambiar a finales de la década de los años veinte cuando, por obra de los primeros transitarios, empezaron a hacerse las primeras ofertas de servicios internacionales realmente combinados y a escala mundial; es decir de servicios por medio de los que se trataba de superar las limitaciones inherentes a los diferentes modos de transporte y a acometer demandas de más amplio alcance a través de países y continentes.

A partir de ese momento, pues, es cuando empieza a notarse en el campo de los transportes internacionales la existencia de una función coordinadora y organizadora diferente del transporte propiamente dicho, que es precisamente la que realizan los transitarios y la que va a propiciar el considerable desarrollo que han tenido esta clase de transportes y especialmente el multimodal, o sea el que tiene lugar empleando sucesivamente varios modos de transporte diferentes.

Pero si el multimodalismo basta para satisfacer determinadas demandas de transporte, resulta corto desde el instante en que del transporte puerta a puerta se pasa a otras demandas menos clásicas pero mucho más logísticas y sofisticadas, propias de una economía globalizada, para las que el transporte deja de ser el núcleo sustancial convirtiéndose en una secuencia o movimiento de un conjunto de actuaciones mucho más amplio que puede ir desde el aprovisionamiento para la producción hasta la distribución física de lo producido a los consumidores finales.

Pues bien, también desde estas nuevas perspectivas que ofrece el comercio mundial, los transitarios, tanto por sus conocimientos acerca de cómo coordinar con eficacia y seguridad las diversas operaciones inherentes al tráfico internacional de mercancías, como por gozar de una especial preparación técnica para solventar los a veces complejos problemas que plantea el paso a través de territorios con sistemas jurídicos, comerciales y fiscales muchas veces diferentes, cuando no contrapuestos, son los que están en mejores condiciones para asumir la organización de esta clase de operaciones.

No obstante, hay que advertir que esa función organizadora de los transportes internacionales que caracteriza a los transitarios ha quedado un tanto desdibujada en los transportes intracomunitarios, sobre todo los que tienen lugar por carretera, debido a la supresión de las fronteras entre los Estados miembros de la UE. En estos casos el transitario más que como organizador del transporte suele actuar como operador de transporte explotando líneas o servicios regulares de transporte de forma análoga a como lo han venido efectuando desde hace años, aunque a escala nacional, las agencias de transporte.

Es claro, pues, que el transporte marítimo, y sobre todo el intercontinental, es uno de los ámbitos en el que la actividad de los transitarios sigue conservando sus rasgos diferenciales y sus propios signos de identidad, que hacen que pueda ser conceptuado como aquel empresario que por cuenta de terceros y mediante retribución económica, se dedica habitualmente a proyectar, coordinar, controlar y dirigir, es decir a organizar todas las operaciones necesarias para la realización de transportes internacionales de mercancías y demás servicios complementarios, tales como recogida y entrega, almacenaje, seguros y cualesquiera otros similares.

## II

### PROYECCIÓN JURÍDICO PRIVADA DE LA ACTIVIDAD TRANSITARIA:

#### EL CONTRATO DE EXPEDICIÓN

En el plano jurídico privado, la figura del transitario se caracteriza por haber dado vida en el tráfico mercantil a un tipo contractual atípico que se podría denominar contrato de expedición, en el que el expedidor, además de contratar el transporte como una obligación derivada o accesoria de su cometido principal, lo organiza en toda su extensión.

El contrato de expedición se diferencia del de transporte en que su finalidad inmediata no es, como ocurre en el transporte, el desplazamiento de mercancías o cosas de un lugar a otro, sino la organización del transporte; y de la comisión mercantil --comisión de expedición y comisión de transporte-- cuya regulación efectúan los arts. 274, 275, 378 y 379 del Código de Comercio, en que los comisionistas realizan un trabajo o labor de sustitución que sus comitentes podrían llevar a cabo por sí, pero que no realizan por dificultades de tiempo o lugar, mientras que los transitarios desarrollan una actividad de carácter marcadamente técnico o profesional que sus clientes, en condiciones normales, no serían capaces de efectuar.

Al tratarse el contrato de expedición de un contrato atípico carente de regulación, ha sido frecuente inducir su disciplina jurídica por vía de remisión, o sea extrayendo la normación del grupo o familia de contratos típicos más afines, como son en este caso el transporte y la comisión.

No obstante, como los contratos atípicos no constituyen un mero conglomerado de elementos singulares, sino la síntesis de todos ellos orgánicamente predispuesta, su régimen jurídico viene caracterizado por las siguientes notas:

- i) La primera norma aplicable a los mismos ha de ser la “lex privata” que se hayan dado los contratantes por medio de las cláusulas contractuales, dentro de los límites de la libertad de pactos que consagra el art. 1.255 del Código civil.
- ii) La aplicación de las normas de los contratos típicos más próximos o afines habrá de ser debidamente ponderada al objeto de no someter el contrato atípico a una regulación impropia que responda a finalidades o intereses no coherentes con la ordenación de los intereses en juego.

Aplicando estos mecanismos integradores al contrato de expedición, se pueden extraer las siguientes consecuencias:

- i) La autorregulación de intereses libremente escogida por las partes, naturalmente dentro de los parámetros del art. 1.255 del Código civil, obligará en primer lugar a la interpretación del contrato, es decir a discernir el contenido volitivo de las expresiones utilizadas por los contratantes.
- ii) Del contrato de transporte no parecen aplicables, salvo pacto expreso en contrario, los preceptos que regulan su ejecución material --el acto material de transportar--, así como aquellos que presuponen la posesión o tenencia de las mercancías u objetos transportados, como son por ejemplo los relativos a la guarda y custodia de los efectos recibidos para el transporte, toda vez que, en principio, ni antes, ni durante, ni después del transporte el transitario suele estar en contacto físico con las mercancías.
- iii) En cuanto a la comisión mercantil conviene hacer las siguientes precisiones: Pueden ser aplicables a las prestaciones de los transitarios que guarden similitud y cumplan un papel parecido a las de intermediación propias de los mandatarios mercantiles --por ejemplo, la de contratar el transporte o el seguro de las mercancías--, las disposiciones de los arts. 274 y 275 del Código de comercio, así como sus homólogos del mandato civil, ya que tales preceptos, aparte de ser aplicables a toda clase de transportes --el propio art. 275 considera aplicables al comisionista encargado de una remisión de efectos las obligaciones “que se imponen al cargador en las conducciones terrestres y marítimas”--, dan cabida lo mismo al comisionista profesional que al comerciante de otro ramo que, esporádicamente, realiza este tipo de actividades, dada la amplitud funcional con que el art. 244 del Código de comercio concibe el contrato de comisión mercantil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido en algunas ocasiones, especialmente en relación al transporte marítimo, a la posibilidad de intervención de un comisionista, sujeto a los dictados de los arts. 274 y 275 del Código de comercio, que como simple mandatario mercantil y por lo que hace al transporte, se encargue de buscar porteadores y concertar con ellos el traslado de las mercancías, sin mayor vinculación obligacional (sentencias de 16 de octubre de 1.985 y de 22 de mayo de 1.987); diferenciando este supuesto del comisionista de transportes del art. 379 del mencionado Código que contempla

una modalidad especial de mediación en el transporte terrestre en el que el intermediario prácticamente asume el estatuto jurídico del porteador, aún sin serlo en realidad.

Sobre la aplicación a los transitarios del art. 379 del Código de comercio, que según acabamos de ver equipara al porteador así en sus derechos como en sus responsabilidades a quienes “aún cuando no hicieren por sí mismos el transporte de los efectos de comercio, contrataren hacerlo por medio de otros, ya sea como asentistas de una operación particular y determinada, o ya como comisionistas de transportes y conducciones”, habrá que hacer las siguientes observaciones:

- i) Se trata de un precepto dispuesto para el ramo terrestre, como así lo acredita su ubicación sistemática entre los artículos que el Código de comercio dedica al transporte terrestre, por lo que resulta difícilmente extrapolable a otros modos de transporte, como el marítimo, en el que, por ejemplo, la subrogación en el lugar de los mismos porteadores en cuanto a sus derechos no puede tener lugar con la amplitud y extensión queridas por el precepto ya que, pongamos por caso, el comisionista no podrá exonerarse de responsabilidad abandonando el buque, como puede hacerlo el naviero propietario, por la sencilla razón de que no le pertenece.
- ii) La asimilación que propicia el precepto entre el comisionista y el porteador -no se olvide que el comisionista de transportes del art. 379 del Código de comercio está más próximo al porteador o transportista que al auténtico comisionista--, no se compadece con el carácter de organizadores de los transportes que tienen los transitarios, cuando actúan como tales y no como operadores de transporte, toda vez que, como antes ya hemos destacado, a las empresas de transporte, incluidas aquellas que no realizan el transporte con sus propios medios, les resulta anómalo diseñar una estrategia de servicio ajena a la clase o modo de transporte que constituye el núcleo de su actividad, cosa que no ocurre con los transitarios que, por definición, son neutrales respecto a los distintos modos del transporte y a los concretos porteadores materiales.

Por ello, la aplicación a los transitarios de una normativa más propia del transporte que de la organización del transporte, como es la del art. 379 del Código de comercio, no sólo podría restar eficacia a su actuación, sino que a la postre acabaría por desfigurar su fisonomía y disolver sus verdaderos signos de identidad.

Este efecto negativo, desgraciadamente, es el que ha venido a producir sobre la actividad transitaria la Ley 16/1.987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en adelante LOTT, (art. 126) y su Reglamento aprobado por el Real Decreto 1.211/1.990, de 29 de septiembre, en lo sucesivo ROTT, pues tales disposiciones, pese a aludir a los transitarios como organizadores de los transportes internacionales, en realidad acaban refiriéndose a los transitarios como operadores de transporte, al establecer que ocuparán frente al cargador efectivo la posición de transportistas y frente a los transportistas la de cargador efectivo y obligarles, en consecuencia, a contratar en nombre propio al igual que las agencias de transporte. Lo que por otra parte es explicable si se tiene en cuenta que la LOTT y el ROTT constituyen una regulación especial de Derecho público relativa a los transportes terrestres por carretera y por ferrocarril en los que los transitarios suelen actuar, por lo general, como operadores o ejecutores del transporte, con medios propios o ajenos, y no como organizadores, tal como más atrás ya hemos resaltado. Nótese, además, por ser muy ilustrativo de cuanto decimos que las disposiciones dictadas con posterioridad al ROTT -- entre ellas la adicional undécima del Real Decreto 1.136/1.997, de 11 de julio y la Orden de 23 de julio del propio año-- unifican a efectos administrativos las autorizaciones de agencia de transporte, transitario y almacenista distribuidor en una sola denominada de “operador de transporte”.

- iii) En cualquier caso, no cabría olvidar que cierto sector doctrinal entiende que el comisionista de transportes del art. 379 del Código de comercio no puede ser interpretado como se ha venido sosteniendo desde que GARRIGUES lo afirmó por primera vez en la doctrina española siguiendo precedentes del Derecho italiano, en el sentido de que viene sujeto a una cláusula de garantía inderogable sobre el resultado del transporte contratado y ejecutado con medios ajenos, sino que puede no asumir, mediante pacto expreso, la obligación de una correcta ejecución del transporte; aunque, no obstante, si no realiza ninguna indicación expresa en contrario, la obligación contraída será la típica de la comisión de garantía y tendrá que responder como un porteador. Esa posibilidad de derogación nace del hecho de que así como la responsabilidad del porteador real o efectivo es inderogable por formar parte de la estructura del negocio, la del comisionista de transporte no tiene por qué serlo en aras a mantener una mínima diferenciación entre dos figuras que el Código contempla como diferentes, la del transportista y la del comisionista de transportes.

### III

#### LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSITARIO.

##### ESPECIAL REFERENCIA AL TRANSITARIO MARÍTIMO

A la luz de cuanto ha quedado expuesto en los apartados precedentes podemos afirmar que en principio, de acuerdo con los arts. 274 y 275 del Código de comercio relativos a la que cabría denominar comisión de expedición frente a la comisión de transporte del art. 379 de dicho Código, el transitario no tendría que responder, salvo pacto en contrario, del resultado de los contratos que celebre por cuenta de su comitente, sino exclusivamente de la buena o mala elección de los porteadores escogidos para la realización efectiva del transporte y la prestación de cualquier otra clase de servicios ligados a la expedición de las mercancías (carga, descarga, aduanas, etc.), así como de las instrucciones cursadas al efecto. Asimismo, también tendría que responder, como es obvio, del cumplimiento de las prestaciones que se hubiese comprometido a efectuar con sus propios medios o a través de su propia organización.

En cambio, tratándose de transportes por vías terrestres (carretera y/o ferrocarril), la aplicación del art. 379 del mencionado Código determinará que el transitario deba asumir frente a su cliente la responsabilidad propia del porteador, si bien dicha responsabilidad, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, podría quedar exonerada o limitada por pacto expreso.

A los transitarios que actúen o intervengan en el ámbito de los transportes marítimos, a menos que se hubiera convenido expresamente lo contrario, les podría ser de aplicación el sistema de responsabilidad previsto para la que hemos denominado comisión de expedición, limitada a gestionar la expedición de los envíos, pero sin tener que responder de la actuación de las personas que se contraten para su ejecución, salvo que se incurra en “culpa in eligendo”.

Con todo, en el supuesto de que se entendiera que los transitarios marítimos han de responder como comisionistas del artículo 379 del Código de comercio, su responsabilidad quedaría limitada, al igual que la de los transportistas, en los términos y condiciones determinadas por los convenios internacionales y leyes nacionales que fueren de aplicación.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Los **Convenios internacionales de aplicación** al caso son: El Convenio de Bruselas, de 25 de agosto de 1.924, modificado por los Protocolos de Wisby y de Bruselas de 23 de febrero de 1.968 y 21 de diciembre de 1.979, ratificados mediante Instrumento de 6 de noviembre de 1.981, que fija el límite de responsabilidad en 666,67 unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga transportada, o dos unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto si esta última cantidad fuera mayor; y el Convenio de las Naciones Unidas de 13 de marzo de 1.978, conocido también con el nombre de Reglas de Hamburgo, que lo fija en 835 o 2,5 unidades de cuenta, respectivamente, para los mismos supuestos que el Convenio de Bruselas. La unidad de cuenta es el derecho especial de giro del Fondo Monetario Internacional.

## IV

### LA INCIDENCIA DE LA LOTT Y EL ROTT EN EL TEMA

No obstante lo anterior, como más atrás ya hemos señalado, los preceptos de la LOTT y el ROTT habían venido suponiendo hasta fechas bien recientes un serio obstáculo para la efectividad y aplicación del régimen de responsabilidad a que nos acabamos de referir para los transitarios que se dediquen a mediar o intervenir en los transportes marítimos, ya que tanto la LOTT como el ROTT, pese a tratarse de normas dictadas en relación a los transportes terrestres, cuando hablan de los transitarios se refieren a todos los modos de transporte, al decir que “tendrán libertad para escoger la vía, modo y clase de transporte que estimen conveniente cuando no estuvieran expresamente pactados” (art. 170.1.a) del ROTT).

Llegándose, también indirectamente, a la misma conclusión expansiva, toda vez que el citado precepto del ROTT establece que, entre otras cuestiones, en la relativa a la libertad para escoger entre las diferentes vías, modos o clases de transporte, serán de aplicación a los transitarios las mismas reglas establecidas para las agencias de transporte, entre las que destaca la que dispone que: “las agencias de transporte de mercancías podrán realizar sus funciones interviniendo en la contratación de toda clase de servicios de transporte por carretera, tanto internos como internacionales, pudiendo, asimismo, llevar a cabo su intervención en relación con los transportes realizados en modos distintos a la carretera, respetando las normas específicas que regulen éstos”.

Y, claro está, al imponer, como ya se ha visto, la LOTT y el ROTT a las agencias y a los transitarios la obligación de contratar en nombre propio, tanto con los transportistas como con los cargadores, asumiendo frente a los cargadores la posición de transportistas y frente a éstos la de cargadores, en términos extraordinariamente parecidos a los de la comisión de transporte del art. 379 del Código de comercio, la posibilidad de zafarse del férreo sistema de responsabilidad que se deduce de todo ese complejo legal y reglamentario se presentaba como extraordinariamente difícil, todo y que desde una vertiente puramente mercantil, es decir prescindiendo de lo dispuesto en la LOTT y el ROTT, aparece como factible, tal como antes ya se ha expuesto, un régimen menos riguroso de responsabilidad para los transitarios marítimos.

No obstante, la Ley 29/2003, de 8 de octubre, de mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, que modifica la LOTT, ha venido a solventar la cuestión en la medida en que ha suprimido para los transitarios la obligación

de contratar en nombre propio --que es una de las bases en que se asienta la exigencia de responsabilidad por el resultado del transporte, según ya se ha dicho-- cuando se trate de transportes marítimos o aéreos, al considerar únicamente como conducta sancionable el hacerlo en nombre y por cuenta del cliente en el ámbito de los transportes terrestres (artículo 140.18.1 de la LOTT, en la nueva redacción dada por la Ley 29/2003).

Manuel M. Vicens Matas.

Secretario y Asesor Jurídico FETEIA