

MANUAL DE DERECHO MARÍTIMO

Colección **Lo Esencial del Derecho** 20

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

PERCY URDAY B.

MANUAL DE DERECHO MARÍTIMO



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 Urday B., Percy
L Manual de derecho marítimo / Percy Urday B.-- 1a ed.-- Lima : Pontificia
20 Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017 (Lima : Tarea Asociación
Gráfica Educativa).

146 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 20)

Bibliografía: p. [145]-146.

D.L. 2017-05914

ISBN 978-612-317-262-6

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho marítimo - Perú - Interpretación y aplicación 3. Comercio marítimo - Aspectos legales - Perú 4. Contratos marítimos - Aspectos legales - Perú 5. Transporte marítimo - Aspectos legales - Perú I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título III. Serie

BNP: 2017-1505

Manual de derecho marítimo

Percy Urday B.

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 20

© Percy Urday B., 2017

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Primera edición: mayo de 2017

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-262-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2017-05914

Registro del Proyecto Editorial: 31501361700580

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1	
EL BUQUE	15
1. Concepto	15
Clasificación de buques	18
2. Individualización del buque	18
Sociedades clasificadoras	19
3. Propiedad del buque	19
4. Registro de buques	22
5. Preguntas	24
CAPÍTULO 2	
DERECHOS DE GARANTÍA SOBRE EL BUQUE	25
1. Privilegios marítimos e hipoteca naval	25
1.1. Origen histórico	25
1.2. Coexistencia de privilegios marítimos e hipoteca naval	26
1.3. Decisión 487 de la Comunidad Andina. Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval, 1993	28
2. Embargo preventivo	32
2.1. Embargo del buque que originó el crédito	34

2.2. Embargo de buques hermanos	37
2.3. Requisitos	37
2.4. Levantamiento del embargo	38
3. Preguntas	40
CAPÍTULO 3	
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA NAVEGACIÓN Y COMERCIO	41
1. El propietario	41
2. El armador y el naviero	42
Limitación de responsabilidad del propietario y naviero	45
3. Los agentes	48
4. El capitán	51
5. Preguntas	53
CAPÍTULO 4	
CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DE BUQUES	55
1. Disposiciones generales	55
2. Navegabilidad	56
3. Desviación	58
4. Puerto seguro	58
5. Mercancías peligrosas	60
6. Preguntas	61
CAPÍTULO 5	
CONTRATOS DE FLETAMENTO	63
1. Fletamento a casco desnudo	64
2. Fletamento por tiempo	64
3. Fletamento por viaje	66
4. Preguntas	70
CAPÍTULO 6	
CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS	71
1. El conocimiento de embarque: funciones	71

1.1. Recibo de la entrega de las mercancías	71
1.2. Prueba de un contrato de transporte marítimo	75
1.3. Título valor	80
2. Transporte en contenedores	81
Errada jurisprudencia de la Corte Suprema	89
3. Convenciones internacionales sobre transporte de mercancías por mar	93
3.1. Reglas de La Haya	94
3.2. Reglas Haya/Visby	99
3.3. Reglas de Hamburgo	101
4. Responsabilidad del porteador en el transporte marítimo según la ley peruana	105
4.1. Responsabilidad contractual según el Código Civil	105
4.2. El Código de Comercio y la responsabilidad del porteador marítimo	106
4.3. Errada jurisprudencia de la Corte Suprema	111
4.4. Práctica errada en reclamaciones de carga	115
5. Preguntas	118
CAPÍTULO 7	
FLETE	119
Preguntas	125
CAPÍTULO 8	
AVERÍAS Y ACCIDENTES MARÍTIMOS	127
1. Avería particular y avería común	127
2. La arribada forzosa	137
3. El naufragio	138
4. El abordaje	138
5. Preguntas	143
BIBLIOGRAFÍA	145

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

Lo Esencial del Derecho también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, que tiene la exigencia de la brevedad, persigue introducir al lector a los principios básicos de los institutos principales del derecho marítimo. Los dos primeros capítulos se ocupan del buque, la forma de adquirir la propiedad, su publicidad y los derechos de garantía que lo pueden afectar y que se encuentran regulados por la Decisión 487 de la Comunidad Andina, integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, que reproduce los convenios internacionales de las Naciones Unidas sobre privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993 y sobre embargo preventivo de buques de 1999.

Los capítulos tercero y cuarto tratan de las personas que intervienen en la navegación y de temas esenciales que son comunes a los contratos de utilización de buques. En el capítulo quinto nos ocupamos, tan solo en sus lineamientos generales, de los diversos tipos de contratos de fletamento, que son contratos paritarios, generalmente redactados en inglés y que para dilucidar controversias se someten a foros internacionales, por regla general a arbitrajes en Londres.

En el capítulo sexto se desarrolla con mayor detenimiento el contrato de transporte marítimo de mercancías amparado en conocimientos de embarque, ya que este es el principal vehículo del comercio exterior peruano, considerando además que las controversias que se presentan

se someten a la decisión de las cortes peruanas. Se hace un análisis del sistema de responsabilidad del derecho privado peruano y de los principales convenios internacionales vigentes, y una crítica de la jurisprudencia que sobre este tema y respecto del transporte de contenedores ha producido la Corte Suprema.

En los dos últimos capítulos realizamos un somero estudio de las diversas modalidades del flete y de los peligros que acechan a la navegación y al comercio marítimo.

Esperamos que este trabajo sea de utilidad para los estudiantes y profesionales del derecho y los incentive a profundizar en las instituciones del derecho marítimo.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 1

EL BUQUE

1. CONCEPTO

La palabra «buque» procede de la voz celta *buc*, que equivale a tamaño o magnitud. Buque es toda construcción naval principal con propulsión y gobierno propio destinada a la navegación por agua que tenga un arqueo bruto igual o superior a 100, según el reglamento del decreto legislativo 1147, aprobado por decreto supremo 015-2014-DE, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas armadas en las competencias de Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas. El concepto de buque comprende sus partes integrantes y sus accesorios o pertenencias. Son partes integrantes del buque el casco, la maquinaria y todas aquellas que no puedan ser separadas de él sin alterarlo sustantivamente. Son pertenencias del buque las que, sin formar parte del mismo, están afectadas a su servicio en forma permanente, tales como los equipos de navegación, aparejos, repuestos y otros similares. El concepto de buque no comprende las vituallas ni el combustible (artículo 589 del Código de Comercio).

Artefacto naval es definido por el reglamento arriba citado como «construcción naval flotante carente de propulsión y gobierno, destinada a cumplir en el medio acuático funciones complementarias de las actividades acuáticas, tales como diques flotantes, grúas flotantes, gánguiles, chatas, pontones, balsas, plataformas flotantes y otras».

Cuando el buque es destinado al transporte de carga o pasajeros, se denomina buque mercante. La ley 28583 de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, denomina «nave» a lo que en rigor, por su magnitud, constituye un buque. Dicha ley también considera nave a la unidad formada por un remolcador y una o más chatas o barcazas sin propulsión, empujadas o remolcadas por aquel.

Tradicionalmente, el buque era considerado un bien mueble, pero por su naturaleza especial estaba sujeto a normas que eran aplicables a los bienes inmuebles. Así, para el Código de Comercio el buque era considerado un bien mueble (artículo 598), no obstante lo cual debía inscribirse en un Registro Público y podía ser objeto de hipoteca según la derogada ley de hipoteca naval 2411. A partir del Código Civil de 1936 los buques son considerados bienes inmuebles. Luego de la dación de la ley de la garantía mobiliaria 28677, los buques, y en general las naves y aeronaves vuelven a ser bienes muebles. Sin embargo, de acuerdo con la decisión 487 de la Comunidad Andina, modificada por la decisión 532, los buques son objeto de hipoteca naval. Para tales efectos, las decisiones antes citadas definen como «buque o nave: toda construcción flotante apta para navegar, cualquiera que sea su tipo, clase o dimensión».

Se dice que el buque tiene una individualidad jurídica. Así, tiene un nombre y un número que lo identifica, un domicilio que es el puerto donde está registrado, una nacionalidad que es la de la bandera que enarbola, y un tonelaje o capacidad que se determina por el arqueo. Arqueo es por tanto la operación cuya finalidad es medir la capacidad interior del buque. Es pues una medida de volumen. El reglamento del decreto legislativo 1147 antes citado define el arqueo bruto como la «expresión adimensional de la capacidad total de una nave, determinada a partir de su volumen total conforme a la normativa nacional e instrumentos internacionales de los que el Perú es parte». Todo buque debe contar además con un certificado que exprese el francobordo y, por consiguiente, la línea máxima de carga. El francobordo consiste en la reserva de flotabilidad que se le asigna a un buque, a fin de que navegue en condiciones seguras. Las líneas de carga

varían dependiendo de la época del año y el área donde navegue. Serán diferentes según se navegue en verano, invierno, invierno en el atlántico norte, en el trópico, etcétera.

Es de interés de los estados ejercer un control sobre las condiciones de navegabilidad y seguridad de los buques, así como evitar la contaminación del mar. La Organización Marítima Intergubernamental (OMI), que es un organismo especializado de las Naciones Unidas, se preocupa precisamente de contribuir a la seguridad de la vida humana en el mar y evitar la contaminación, para cuyo fin ha elaborado varios convenios internacionales, entre ellos el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar 1974, conocido como SOLAS, y el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques 1973, conocido como MARPOL, cuyo cumplimiento está a cargo del organismo competente en cada país.

En el Perú, el organismo competente es la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, que tiene a su cargo controlar que los buques cumplan las condiciones de seguridad que los tratados internacionales establecen. Este organismo expide lo que se conoce como «certificado estatutario», que el artículo II.29 del reglamento del decreto legislativo 1147 antes mencionado define como «documento expedido por la Autoridad Marítima Nacional mediante el cual se certifican las condiciones de idoneidad de una nave y/o artefacto naval según su tipo y arqueado bruto, y se acredita que estos cumplen con los estándares mínimos establecidos en la normativa nacional, instrumentos internacionales de los que el Perú es parte y otras normas de derecho internacional sobre la materia que puedan ser de aplicación al Estado peruano».

En cuanto a la nacionalidad del buque, las personas que se encuentran a bordo, aun en aguas territoriales de otro Estado, viven bajo la ley del Estado cuya bandera el buque enarbola. Los nacimientos y muertes se entiende que ocurren en el país de la bandera; las faltas y delitos se juzgan por las cortes del país y según las leyes de la bandera del buque. Por cierto, el país en cuyas aguas territoriales se cometen faltas o delitos

puede reclamar jurisdicción, pero mientras no lo haga se rigen por la ley del país de la bandera.

Clasificación de buques

Los buques son de diversas clases, conforme se detalla en el artículo 574 del reglamento del decreto legislativo 1147 antes citado. En cuanto a los buques mercantes, se tiende a clasificarlos por el mercado en el que se desenvuelven. Existen los mercados siguientes: (i) mercado de carga seca, que a su vez comprende a buques graneleros, buques de carga general, buques portacontenedores y de carga rodante *Roll on / Roll off*; (ii) mercado de buques tanque o carga líquida a granel, que utiliza buques de gran tamaño para el transporte de petróleo. Los más grandes conocidos como VLCC, *very large crude carriers*, de más de 300 000 toneladas, y ULCC, *ultra large crude carriers*, de más de 500 000 toneladas; (iii) mercado de buques de uso combinado, conocido como OBO, *ore/bulk/oil*, que transportan carga seca a granel, generalmente minerales en el viaje de ida y petróleo en el viaje de vuelta; (iv) mercado de buques frigoríficos conocidos como *reefers*.

2. INDIVIDUALIZACIÓN DEL BUQUE

Según las modalidades del servicio, los buques se clasifican en buques de línea regular, que son aquellos que están sujetos a un itinerario determinado y que son los buques de carga general —así como los buques portacontenedores— y visitan periódicamente los mismos puertos; y los buques conocidos como *tramp*, vale decir «buques vagabundos», que no están sujetos a un itinerario determinado, sino que navegan por todo el mundo de acuerdo a las necesidades del mercado. Por lo general son los buques graneleros y petroleros.

Sociedades clasificadoras

En adición al control que los estados ejercen sobre los buques y, en especial, sobre los buques que enarbolan su bandera, los buques están sujetos a una clasificación a cargo de una sociedad clasificadora, que son entidades privadas y técnicas que gozan de reputación internacional.

Al comprador de un buque le interesa también conocer la edad del buque, el astillero que lo construyó, así como el mantenimiento que se le ha dado y las reparaciones de que ha sido objeto. La vida del buque desde que se inicia su construcción está registrada en la sociedad clasificadora, que le otorga lo que se denomina un certificado de clase. Para mantener su clasificación, el buque debe cumplir con los requerimientos técnicos que la sociedad clasificadora exige, someterse a inspecciones periódicas y ser reparado bajo la supervisión de los inspectores de esas entidades. Estos certificados de clasificación constituyen una garantía del estado del buque frente a las autoridades y a todas aquellas personas que efectúen operaciones comerciales en relación al buque, como son los bancos, aseguradores, fletadores, etcétera.

Las principales sociedades clasificadoras son Lloyd's Register, sociedad inglesa, Bureau Veritas, sociedad francesa, Germanischer Lloyd, sociedad alemana, Norske Veritas, sociedad noruega, American Bureau of Shipping, sociedad americana creada en Nueva York, Korean Registry of Shipping, sociedad coreana, y Nippon Kaiji Kioakay, sociedad japonesa. Estas sociedades clasificadoras son miembros de la Asociación Internacional de Sociedades de Clasificación (International Association of Classification Societies IACS).

3. PROPIEDAD DEL BUQUE

Los buques se pueden adquirir por cualquiera de los modos reconocidos por el derecho. Así lo señala el artículo 586 del Código de Comercio, que además dispone que la adquisición del buque debe constar en documento escrito y que para producir efectos frente a terceros debe inscribirse

en el registro mercantil. Hoy los buques mercantes, vale decir, que se dedican al transporte de carga o pasajeros, se inscriben en el Registro de Buques de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Los demás buques y naves se inscriben en el Registro de Naves, y los que se dedican a la actividad pesquera se inscriben en el Registro de Embarcaciones Pesqueras.

La compraventa es el modo más frecuente de adquirir la propiedad de un buque. Se rige por las normas del derecho común, aunque para que produzca efectos frente a terceros debe inscribirse en el Registro de Buques, para lo cual la transacción requiere constar por escritura pública. En la compraventa de buques en el mercado internacional se utilizan dos documentos tipo elaborados por BIMCO, que es la más grande asociación marítima internacional e incluye entre sus miembros a los armadores, operadores y administradores de buques, corredores y agentes navieros. Uno de dichos documentos es el *Memorandum of Agreement* o MOA cuya última versión es la *Saleform 2012* y que en rigor contiene todos los términos y condiciones de un contrato de compraventa. El otro documento es el denominado *Bill of Sale*, que es bastante simple y contiene los datos del buque que se transfiere, la identificación del vendedor y comprador, el precio, la confirmación por el vendedor de que el buque con todo lo que le pertenece ha sido vendido al comprador, así como la declaración de que el buque se encuentra libre de gravámenes. El *Bill of Sale* solo es firmado por el vendedor y su firma es luego legalizada por un notario y por el cónsul del país en el que el comprador va a registrar el buque. El vendedor hace entrega al comprador del *Bill of Sale* a cambio del pago del precio convenido.

La compraventa de un buque de bandera extranjera que va a enarbolar la bandera peruana requiere previamente la certificación de las características técnicas y las condiciones de navegabilidad aprobadas por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, según lo dispone el artículo 8.4 de la ley 28583.

La otra forma de adquirir la propiedad de un buque, de acuerdo con la ley 28583 de reactivación y promoción de la Marina Mercante

Nacional, es el arrendamiento financiero o el arrendamiento a casco desnudo con opción de compra obligatoria. Resulta claro que existe una contradicción en términos. Tanto en el arrendamiento financiero como en el arrendamiento a casco desnudo el arrendatario tiene la opción de comprar el buque arrendado. Opción significa la libertad o facultad de elegir. Por ello el artículo 1419 del Código Civil dispone que «por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no». Lo que los redactores de la ley antes citada han querido es eliminar la opción que según dichos contratos tiene el arrendatario, y obligarlo a comprar, que es lo que en realidad ocurre.

En cuanto a la prescripción como modo de adquirir la propiedad, el Código de Comercio exige tres años si hay justo título y posesión de buena fe, y diez años si faltan estos requisitos.

En derecho marítimo se reconoce además que la propiedad del buque puede ser adquirida:

- i) Por la persona que encargó su construcción según los términos y condiciones del respectivo contrato;
- ii) Por el asegurador, en el caso de declaración de abandono válidamente aceptada; y
- iii) Por el apresador, conforme a las reglas del derecho internacional. Este es un modo de adquirir la propiedad exclusivo del derecho marítimo. Opera únicamente en tiempo de guerra y se lleva a cabo por buques de guerra de un país beligerante contra los buques enemigos o contra los neutrales que violen las reglas de neutralidad o colaboren con el enemigo. El hecho mismo de la presa marítima no transfiere la propiedad, sino que es necesario que su legitimidad sea reconocida por los tribunales. Al respecto existían tribunales especiales denominados tribunales de presas. El buque apresado pasa a ser propiedad del Estado, que luego lo transfiere a un armador nacional.

4. REGISTRO DE BUQUES

En principio, la inscripción de un buque mercante en el Registro Público de Buques confiere al buque la nacionalidad y el derecho a enarbolar la bandera del país de su inscripción, además de los efectos jurídicos que se derivan de la inscripción de bienes en un registro público conforme al derecho registral.

Sin embargo, en el Perú existe una duplicidad de registros que es herencia del derecho español. Por un lado, se tiene el Registro de Buques regulado por el artículo 9 de la ley 28583 de reactivación y promoción de la Marina Mercante Nacional y por el reglamento de inscripciones de los Registros de Buques, de Embarcaciones Pesquera y de Naves, aprobado por resolución de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos 022-2012-SUNARP-SA del 28 de enero de 2012. Para la inscripción de un buque en este registro se requiere: (i) la certificación de características técnicas y las condiciones de navegabilidad aprobadas por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas; (ii) que el naviero nacional o la empresa naviera nacional cuente con permiso de operación otorgado por la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes; (iii) si el buque hubiese estado inscrito en un registro extranjero, que esa inscripción se encuentre cancelada, o que haya sido suspendida en el caso de inscribir un buque arrendado bajo las modalidades de arrendamiento a casco desnudo o arrendamiento financiero, con obligación de compra.

Paralelamente al registro antes mencionado, existe lo que se conoce como matrícula del duque, regulada por el reglamento del decreto legislativo 1147, aprobado por decreto supremo 015-2014-DE, que en rigor es otro registro público y que por lo demás es el que confiere al buque la nacionalidad peruana y el derecho a enarbolar la bandera peruana. No es pues una simple matrícula aun cuando lleve ese nombre, sino que produce efectos jurídicos importantes. El artículo 592 del reglamento citado dispone que «la matrícula es el procedimiento seguido ante la Autoridad Marítima Nacional por el propietario, armador o representante

legal de una nave o artefacto naval, con el objeto de que pueda enarbolar la bandera peruana y se acoja a los derechos y prerrogativas que el Estado peruano le otorga para poder navegar y operar libremente dentro y fuera del medio acuático. Al final del procedimiento, se extiende el certificado de matrícula».

Por su parte, el artículo 598.1 del reglamento señala que «el certificado de matrícula es el documento otorgado por la capitania de puerto, con autorización de la Dirección General, a las naves y artefactos navales que hubieren cumplido con el procedimiento de matrícula. Dicho certificado otorga derecho a enarbolar la bandera peruana, así como a navegar y operar libremente dentro y fuera de las aguas jurisdiccionales peruanas de acuerdo a las facultades que correspondan a cada tipo de nave o artefacto naval; a su vez, acredita la existencia del registro».

Un buque extranjero arrendado bajo las modalidades de casco desnudo o arriendo financiero, con obligación de compra, podrá inscribirse temporalmente en el Registro de Buques. Asimismo, los buques arrendados bajo dichas modalidades tienen derecho a enarbolar la bandera peruana, siempre que: (i) el buque no tenga más de diez años de construido contados a partir de la fecha de entrega; (ii) que el período del contrato de arrendamiento sea menor a quince años a partir de la fecha de suscripción; y (iii) que el buque tenga certificación de clase emitida por una sociedad clasificadora miembro de IACS, de acuerdo con el reglamento de la ley de reactivación y promoción de la marina mercante nacional, aprobado por decreto supremo 014-2011-MTC.

En el caso de buques mercantes, primero se efectúa la inscripción en el Registro de Buques y luego se inicia el trámite de matriculación del buque ante la autoridad marítima, que culmina con el certificado de matrícula. En el caso de buques o naves que no son mercantes, primero se realiza la matriculación del buque y luego se procede a su inscripción en el Registro de Buques o en el Registro de Naves o Embarcaciones Pesqueras.

Con el fin de que los buques adquiridos fuera del país puedan dirigirse a un puerto peruano para inscribirse en el registro público y obtener

su certificado de matrícula, los cónsules del Perú en el extranjero están facultados para otorgar un pasavante a fin de que el buque pueda navegar provisionalmente bajo la bandera peruana. El pasavante también puede ser otorgado por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas por un plazo no mayor de 120 días para los buques cuyos expedientes se encuentren en trámite, a fin de no impedirles sus operaciones comerciales.

La inscripción de buques en el registro se cancela por la transferencia de un buque de bandera peruana al extranjero, por pérdida total o imposibilidad absoluta para navegar comprobada y declarada por la autoridad marítima, o por desguace autorizado por dicha autoridad, por haber sido confiscado en el extranjero.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la diferencia entre buque y artefacto naval?
2. ¿Qué son las sociedades clasificadoras?
3. Además de la compraventa, ¿de qué otra forma se puede adquirir la propiedad de un buque?
4. ¿Cuáles son los registros de buques que existen en el Perú?

CAPÍTULO 2

DERECHOS DE GARANTÍA SOBRE EL BUQUE

1. PRIVILEGIOS MARÍTIMOS E HIPOTECA NAVAL

1.1. Origen histórico

Como bien señaló el abogado español José Luis Goñi en el Seminario Internacional de Derecho Marítimo, organizado en Lima por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo (1984, pp. 1-16), para comprender la naturaleza de los privilegios marítimos es necesario tener en cuenta su origen histórico.

El nacimiento de estos privilegios corresponde a la época de la navegación clásica, que tiene su momento culminante con los grandes descubrimientos y la colonización. En aquella época no existían sociedades de responsabilidad limitada. El viaje de un buque (buques pequeños y de madera), que normalmente era un viaje redondo, esto es de ida y vuelta, constituía una verdadera aventura. La preparación del viaje, que requería la provisión de capitales, era una verdadera empresa. Esa empresa se liquidaba al finalizar la expedición marítima, es decir al regreso del buque al puerto de partida.

Los beneficios se repartían entre los que habían aportado capital y trabajo, es decir entre quienes habían hecho posible el viaje empresa. Pero si el viaje producía pérdida, los acreedores se hacían cobro de su acreencia con el producto de la venta del buque y además sus créditos tenían preferencia

sobre cualquier otra deuda del armador. Se distinguen así, los créditos marítimos o fortuna de mar, de los créditos de otro origen. El buque mismo era la garantía de los acreedores marítimos. Este procedimiento de liquidación y venta del buque para el pago de los créditos marítimos, se hacía aun cuando el buque hubiera sido transferido a terceros antes de la liquidación del viaje. Los créditos marítimos se convierten en créditos privilegiados, que le confieren al titular el derecho de venta del buque, la preferencia frente a cualquier otro crédito y el derecho de persecución independientemente de quién fuera el propietario. Vale decir que se convierten en un verdadero derecho real de garantía, muy similar a la hipoteca. La hipoteca sobre el buque no era posible ya que el buque era un bien mueble.

1.2. Coexistencia de privilegios marítimos e hipoteca naval

Con el desarrollo de la navegación, el adelanto tecnológico y la aparición de sociedades de responsabilidad limitada, desaparece el concepto de viaje empresa. La economía ha cambiado, así como el acceso al crédito que proporcionan entidades bancarias y financieras. Los propietarios de buques que son más grandes y costosos son sociedades de responsabilidad limitada. Para financiar la adquisición de buques se recurre a la hipoteca naval que nace en el siglo XIX, al considerar para tales efectos al buque como un bien inmueble.

Sin embargo, los privilegios marítimos no desaparecen, sino que se apoyan en nuevo fundamento. Ya no se dan en función de garantizar créditos para la preparación de un viaje, sino para fomentar la continuidad de la navegación, es decir, para garantizar créditos necesarios para la constante explotación comercial del buque. Así, en la exposición de motivos del Código de Comercio, se explica que el código «[...] se inspira en los intereses del comercio marítimo, que quedarán más asegurados ofreciendo a todo el que contrata con el naviero o capitán del buque la garantía real del mismo [...]».

El Código de Comercio enumera los privilegios marítimos en el artículo 593. Posteriormente, la ley de hipoteca naval 2411 de 1916, que es copia de la ley española de 1893, modificó el rango de preferencia de los privilegios. La hipoteca naval y los privilegios marítimos coexisten con propósitos distintos, pero se produce una inevitable pugna entre ellos. El problema era determinar cuál tenía prioridad. La dificultad adicional consiste en que mientras la hipoteca goza de publicidad —ya que para su validez se requiere su inscripción en un registro público—, los privilegios permanecen ocultos, no obstante lo cual son persecutorios y en algunos casos priman sobre la hipoteca.

El artículo 31 de la ley de hipoteca naval establecía cuáles eran los privilegios que tenían preferencia sobre la hipoteca aun cuando no estuvieran inscritos. Estos eran en la práctica los únicos privilegios que primaban sobre la hipoteca, ya que los privilegios referidos en los artículos 32 a 35, en la práctica habían dejado de operar. La ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros 26702, derogó los artículos 31 a 35 de la ley de que se trata. Posteriormente, la ley de la garantía mobiliaria 28677 derogó la ley de hipoteca naval 2411.

Los privilegios marítimos son reconocidos en las legislaciones de la mayoría de países, sobre todo los que tienen tradición marítima, pero el problema es que no son los mismos. El transporte marítimo, que por esencia es internacional, se enfrenta a serias dificultades. El hecho de que un país elimine los privilegios marítimos o establezca la preferencia de la hipoteca, no garantiza que el acreedor hipotecario nacional esté protegido. Si ello se ha pensado al derogar los artículos 31 al 35 de la ley de hipoteca naval se está en un error. Dependerá de la ley que resulte aplicable en el país en el que el buque es embargado. Como decía Ripert (1954, p.165) se presentan conflictos de leyes casi insolubles. A fin de lograr la uniformidad, se aprobó la Convención de Bruselas de 1926, vigente en un grupo no muy extenso de países, y luego la Convención de Bruselas de 1967, que no logró aceptación.

Finalmente, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre Hipoteca Naval y Privilegios Marítimos de 1993, que entró en vigencia el 5 de setiembre de 2004. Existe pugna entre quienes favorecen a la hipoteca sobre los privilegios y viceversa. Los bancos y todos aquellos que financian la adquisición de buques presionan para que la hipoteca, que es la garantía de sus créditos, goce de preferencia. El carácter oculto de los privilegios hace que la hipoteca sea una garantía disminuida.

Por otro lado, los proveedores de servicios, reparadores, salvadores, intereses de la carga, así como quienes señalan que los que sufren daños de naturaleza extracontractual a consecuencia de la explotación de un buque deben tener sus créditos garantizados, propugnan la preferencia de los privilegios sobre todo otro crédito, incluyendo la hipoteca.

La Convención de las Naciones Unidas de 1993 busca conciliar los intereses de ambos grupos reduciendo en lo posible el número de privilegios marítimos. El fundamento actual para mantener los privilegios marítimos es que un buque puede ocasionar daños impredecibles y que además es necesario alentar la asistencia de terceros cuando un buque enfrenta los peligros del mar, esto el salvamento. A ello se añade que el buque es un bien evasivo, que puede eludir a quienes han sufrido daños o prestado asistencia y salir del ámbito de una jurisdicción.

1.3. Decisión 487 de la Comunidad Andina. Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval, 1993

En el Perú los privilegios marítimos y la hipoteca naval se encuentran regulados por la decisión 487 de la Comunidad Andina sobre garantías marítimas, publicada en la Gaceta Oficial el 13 de diciembre del 2000. La decisión 487 reproduce, con algunas normas adicionales, el Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval, 1993.

Adicionalmente, el Perú ha aprobado dicha convención por resolución legislativa 28956. El artículo 21 de la decisión 487 establece que los privilegios marítimos gravan al buque sin necesidad de publicidad registral,

y lo siguen aunque este cambie de propietario, registro o pabellón, excepto en el caso de ejecución forzosa del buque. El artículo 22 dispone que los créditos garantizados con un privilegio marítimo son los siguientes:

1. Los créditos por sueldos y otras cantidades adeudados al capitán, oficiales y demás miembros de la dotación del buque en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre;
2. Los créditos por indemnizaciones por muerte o lesiones corporales sobrevenidas en tierra, a bordo o en el agua, en relación directa con la explotación del buque;
3. Los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque;
4. Los créditos por derechos de puerto, de canal y otras vías navegables y practicafe;
5. Los créditos nacidos de culpa extracontractual por razón de la pérdida o daños materiales causados por la explotación del buque, distintos de la pérdida o el daño ocasionados al cargamento, los contenedores y a los efectos del pasaje transportados a bordo del buque.

Según el artículo 24, el rango de prelación de los privilegios marítimos está establecido por el orden en que se enumeran, pero los privilegios que garanticen créditos por el salvamento tienen preferencia frente a los demás privilegios marítimos a que pueda estar afecto el buque antes de efectuarse el salvamento. La prelación entre salvadores se da por el orden inverso a la fecha de nacimiento de sus respectivos créditos.

Así, si un buque hubiera sido salvado en tres ocasiones, los últimos salvadores tendrán prelación frente a los que los preceden. Los demás privilegios marítimos concurren a prorrata entre los de su mismo rango. Se explica que los salvadores tengan prelación sobre los demás créditos privilegiados a que estaba afecto el buque, por cuanto es por acción de los salvadores que el buque no se pierde.

El salvamento beneficia a todos y por lo tanto el crédito de los salvadores deber ser preferido. La aplicación de estas reglas en el caso de que el buque sea objeto de una ejecución forzada por acción de los acreedores de privilegios marítimos se puede ilustrar con el ejemplo siguiente: supongamos que el buque está afecto a un crédito por los salarios del capitán adeudados por el mes de mayo, a un crédito por una operación de salvamento efectuada en junio, a un crédito por salarios de la tripulación del mes de julio y a una indemnización por lesiones corporales ocurrida también en julio.

El crédito de los salvadores solo tiene prelación sobre los salarios del capitán del mes de mayo a los que estaba afecto el buque al efectuarse la operación de salvamento en junio, ya que en principio el rango de los privilegios es el establecido por el orden en que se enumeran y el crédito por salvamento se encuentra en el tercer lugar. Por tanto, debe en primer término calcularse una reserva respecto de los créditos que preceden en rango al salvamento, esto es los salarios de la tripulación del mes de julio y la indemnización por lesiones corporales ocurrida también en julio.

Efectuada la reserva se procede al pago del crédito de los salvadores. Con los fondos restantes se pagan primero los salarios del capitán del mes de mayo y los salarios de la tripulación de julio a prorrata, porque ambos créditos están en el mismo rango, y finalmente con el saldo se paga la indemnización por lesiones corporales.

Los privilegios marítimos se extinguen en el transcurso de un año, a menos que antes del vencimiento de ese plazo el buque haya sido arrestado para su ejecución forzada. El plazo no se ve afectado si el buque es liberado del arresto en virtud de una garantía, ya que en tal caso el privilegio marítimo deviene innecesario, toda vez que el acreedor se encuentra protegido por una garantía que ha sustituido al buque.

La hipoteca naval está regulada por los artículos 2 al 20 de la decisión 487. El artículo 2 dispone que los buques pueden ser objeto de hipoteca naval, siempre que se encuentren inscritos en el registro de buques del respectivo país miembro (Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia).

En principio, la hipoteca naval se constituye por escritura pública y debe inscribirse en el registro de buques para que surta efectos.

Sin embargo, el artículo 4 trae una novedad, al establecer que cuando la hipoteca naval se otorgue fuera de los países miembros, la forma del acto se regirá por la ley del lugar de su otorgamiento. Sin embargo, para que pueda producir efectos en cualquiera de los países miembros deberá constar por escrito de fecha cierta con la información requerida por el artículo 5, las firmas de sus otorgantes o la firma del notario o fedatario público que intervenga, autenticadas o legalizadas por el cónsul competente. El artículo 5 señala los requisitos que debe contener el instrumento de constitución de hipoteca y no ofrece dificultad alguna.

De otro lado, el artículo 11 establece que si el buque sufre daños y no hubiese sido reparado, el acreedor hipotecario podrá ejercer sus derechos sobre los siguientes créditos de que sea titular el deudor: (i) indemnizaciones por daños materiales ocasionados al buque; (ii) contribución por avería común por daños materiales sufridos por el buque; (iii) indemnizaciones por daños provocados al buque con ocasión de servicios prestados en el mar; y (iv) indemnizaciones de seguro por pérdida total o por averías sufridas por el buque.

El artículo 13 contiene otra novedad al disponer que en los casos en que el acreedor hipotecario pueda ejercitar su derecho contra el buque gravado, así como cuando con su conducta el deudor hipotecario ponga en peligro el buque hipotecado, el acreedor hipotecario tendrá derecho a entrar en posesión del buque y explotarlo comercialmente con la diligencia ordinaria requerida. Los frutos de la explotación deberán aplicarse primero a los intereses, a los gastos y luego al capital, de acuerdo al rango de preferencia.

El artículo 15 señala que en caso de incumplimiento el acreedor hipotecario puede proceder a la venta directa del buque hipotecado en la forma pactada al constituirse la obligación. Alternativamente o a falta de pacto, podrá optar por la ejecución forzosa de conformidad con la respectiva legislación procesal nacional.

El artículo 19 establece que son aplicables supletoriamente a la hipoteca naval, las normas sobre hipoteca del derecho común de la legislación nacional respectiva del país miembro. Nosotros consideramos que en el caso del Perú también son aplicables supletoriamente a la hipoteca naval las normas de la ley de la garantía mobiliaria 28677.

2. EMBARGO PREVENTIVO

Entre el sistema de derecho común anglosajón y el sistema de derecho civil existía una diferencia respecto al embargo preventivo de buques. Bajo el sistema anglosajón un buque solo podía ser embargado en relación a créditos marítimos, y solo podía ser objeto del embargo el buque que había originado el crédito marítimo y no así otro buque.

Bajo el sistema de derecho civil, cualquier bien del deudor —y por tanto cualquier buque de propiedad del deudor— podía ser embargado en garantía de un crédito, sea este marítimo o de cualquier otra naturaleza. Como dice el profesor Francesco Berlingieri (1992, p. 88), la diferencia obedecía al propósito que tenía el embargo: en el derecho civil era un medio para asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva. En el derecho anglosajón, era un medio para obtener la jurisdicción de la Corte del Almirantazgo.

El Convenio de Bruselas sobre Embargo Preventivo de Buques de 1952 fue producto de una transacción entre ambos sistemas. Por un lado, se estableció que un buque solo podía ser objeto de embargo preventivo en relación a créditos marítimos y no respecto de créditos de otra naturaleza, pero se amplió la lista de créditos marítimos. Por otro lado, se autorizó el embargo preventivo no solo del buque que había originado el crédito marítimo, sino también de cualquier otro buque de propiedad del obligado personal, lo que se conoce como el embargo de buques hermanos. Este convenio entró en vigencia en 1956 y tuvo buena acogida en la comunidad marítima. Bajo el mismo sistema, pero con la finalidad de modernizarlo, las Naciones Unidas han aprobado el Convenio Internacional sobre Embargo

Preventivo de Buques 1999, que entró en vigencia el 14 de setiembre de 2011. El Perú todavía no ha aprobado dicho convenio.

En el Perú, el embargo preventivo de buques se encuentra regulado por la decisión 487, que además de las garantías marítimas trata sobre el embargo preventivo de buques en los artículos 1° y 37 y siguientes y, en rigor, reproduce el Convenio Internacional de las Naciones Unidas de 1999. Se define como embargo toda inmovilización o restricción a la salida de un buque, impuesta como medida cautelar por resolución de un tribunal de un país miembro, en garantía de un crédito marítimo.

El artículo 37 dispone que solamente se podrá embargar un buque en virtud de un crédito marítimo, pero no en virtud de otro crédito, y el artículo 1° define cuales son los créditos marítimos. La decisión establece que un buque puede ser embargado para efectos de obtener una garantía, aun cuando la pretensión principal deba ser sometida a un tribunal extranjero. En tal caso, el juez que ha dictado el embargo preventivo podrá actuar de oficio y deberá a instancia de parte fijar un plazo para que el titular del crédito marítimo interponga la demanda ante el tribunal judicial o arbitral extranjero competente. Si no se entabla la demanda dentro del plazo fijado, se decretará a instancia de parte la liberación del buque embargado o la cancelación de la garantía prestada.

Asimismo, se establece que el buque embargado será liberado cuando se haya prestado garantía en forma satisfactoria, salvo que haya sido embargado para responder por un crédito derivado de una controversia relativa a la propiedad o a la posesión del buque, o por una controversia entre los copropietarios del buque acerca de su utilización o del producto de su explotación. En tales casos, el tribunal podrá autorizar a la persona en posesión del buque a seguir explotándolo, una vez que esta persona haya prestado garantía suficiente, o resolver de otro modo la cuestión de la operación del buque durante el período del embargo.

De acuerdo con la decisión 487, en principio, los tribunales del país miembro en que se haya practicado el embargo o se haya prestado la garantía para obtener la liberación del buque serán competentes para

resolver sobre el fondo del litigio, a menos que válidamente las partes acuerden o hayan acordado someter el litigio a un tribunal de otro Estado o a arbitraje.

Los tribunales peruanos son competentes para determinar la indemnización por los daños y perjuicios que se irroguen si el embargo preventivo resultare ilícito o injustificado, si la garantía solicitada y obtenida por el titular del crédito marítimo hubiere sido excesiva, o si la demanda cuya pretensión estuvo asegurada con la medida de embargo es desestimada por resolución firme. En el caso de que le correspondiera a un tribunal extranjero resolver sobre el fondo del litigio, la indemnización de daños y perjuicios no será establecida hasta que recaiga resolución final respecto del fondo del asunto (artículo 51 de la decisión 487).

Procede el embargo preventivo de cualquier buque que navegue dentro de la jurisdicción peruana, aun cuando no enarbole la bandera peruana ni la bandera de un país miembro de la Comunidad Andina. Sin embargo, no procede el embargo preventivo de los buques de guerra, unidades auxiliares y otros buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente, en ese momento, a un uso público no comercial (artículo 54).

2.1. Embargo del buque que originó el crédito

Procede el embargo preventivo del buque respecto al cual se alegue un crédito marítimo, siempre que la persona que era propietaria del buque en el momento en que nació el crédito marítimo estuviera obligada en virtud de ese crédito y fuera propietaria del buque al practicarse el embargo. Esta es la regla principal, ya que establece un vínculo claro entre el crédito marítimo, el buque que originó el crédito, y su propietario (artículo 41). Sin embargo, esta regla tiene las excepciones siguientes:

- (i) Que el crédito marítimo se base en una hipoteca o gravamen de la misma naturaleza sobre el buque. Esto se entiende por cuanto la hipoteca es un derecho real de garantía y le confiere al acreedor el derecho de persecución.

- (ii) Que el crédito contra el propietario, el fletador a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque, esté garantizado con uno de los privilegios marítimos contemplados en el Artículo 22 de la Decisión. Esto también se explica porque el Artículo 21 de la Decisión establece que: «Los privilegios marítimos gravan especial y realmente al buque sin necesidad de publicidad registral, y lo siguen aunque este cambie de propietario, registro o pabellón, excepto en el caso de ejecución forzosa del buque». Es una consecuencia de la ejecución forzosa del buque, la extinción de las hipotecas y gravámenes inscritos, así como de todos los privilegios marítimos y otras cargas de cualquier género que pesen sobre el buque, siempre que dicha ejecución se haya efectuado de acuerdo con los requisitos previstos en dicha Decisión (artículo 31).
- (iii) Que el crédito se refiera a la propiedad o posesión del buque en cuestión.

La decisión 487 también contempla otra excepción que permite el embargo del buque que originó el crédito marítimo, aun cuando no sea de propiedad del obligado en virtud de ese crédito. Es el caso del arrendatario a casco desnudo.

En efecto, el inciso b) del artículo 41 de la decisión dispone que procede el embargo del buque con respecto al cual se alegue un crédito marítimo, si el arrendatario a casco desnudo del buque en el momento en que nació el crédito marítimo está obligado en virtud de ese crédito y es arrendatario a casco desnudo o propietario del buque al practicarse el embargo.

Empero, el artículo 43 de la decisión precisa que «no obstante lo dispuesto en los artículos 41 y 42 de la presente decisión, el embargo de un buque que no sea de propiedad de la persona presuntamente obligada en virtud del crédito, solo será admisible si, conforme a la ley del país miembro en que se solicita el embargo, se puede ejecutar contra ese buque una sentencia dictada en relación con ese crédito, mediante su venta judicial o forzosa».

El antecedente de esta excepción se encuentra en el artículo 3 párrafo 4 de la Convención sobre Arresto de Buques de 1952, pero sin que existiera en dicho convenio la aclaración que ahora contiene el artículo 43 antes citado. Esta norma dio lugar a serias dificultades. No debe olvidarse que el propósito del embargo preventivo de un buque no es otro que el de cautelar el derecho del acreedor afectando el buque para asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva, de tal manera que si el acreedor obtiene una sentencia final favorable y el deudor no satisface el crédito, el acreedor podrá hacerse pago con el producto de la venta judicial del buque embargado o mediante la ejecución de la garantía que lo ha sustituido.

En muchas jurisdicciones no es posible la ejecución forzosa, vale decir, la venta judicial de un bien que no es de propiedad del deudor, esto es del obligado en virtud del crédito. Por otro lado, no era posible buscar la respuesta en el convenio de 1952, por cuanto dicho convenio no es aplicable a la venta judicial del buque en ejecución de una sentencia u otro instrumento ejecutorio (como tampoco lo es el convenio de 1999 ni la decisión 487).

Como señala Francesco Berlingieri (1992, p. 99), el profesor Philip sugirió como solución interpretar el párrafo 4 del artículo 3 del convenio antes citado, en el sentido de que el embargo del buque solo sería admisible si de acuerdo con la ley aplicable se permitía la venta judicial del buque en ejecución de sentencia. Esta solución fue adoptada en el proyecto aprobado por la Conferencia Internacional del CMI de Lisboa 1985, que incorporó una norma expresa al respecto, y luego recogida en el Convenio de las Naciones Unidas de 1999, y finalmente en el artículo 43 de la decisión 487.

De acuerdo con la legislación peruana, no es posible que en ejecución de una sentencia u otro instrumento ejecutorio se venda judicialmente un bien que no es de propiedad del deudor, salvo por cierto que se trate de un crédito hipotecario o de un privilegio marítimo. Por ello, en nuestra opinión, en aplicación de la norma contenida en el artículo 43 de la decisión 487, no es admisible el embargo de un buque si solo

el arrendatario a casco desnudo es el obligado en virtud del crédito y no así su propietario.

2.2. Embargo de buques hermanos

Procede también el embargo preventivo de cualquier otro buque o buques que, al practicarse el embargo, fueren de propiedad de la persona que esté obligada en virtud del crédito marítimo y que, en el momento en que nació el crédito era propietario, fletador a casco desnudo, fletador por tiempo o fletador por viaje del buque respecto al cual nació el crédito marítimo (artículo 42 de la decisión). Esto es lo que se conoce como el embargo de buques hermanos.

Lo que resulta relevante en este caso es que al momento en que se practica el embargo el buque materia del embargo sea de propiedad del obligado en virtud del crédito marítimo. El vínculo con el buque respecto del cual nació el crédito debe establecerse en el momento en que se originó dicho crédito, ya sea porque el obligado lo operaba como propietario, arrendatario a casco desnudo, fletador por tiempo o fletador por viaje, pero no es ese el buque que va a ser objeto del embargo, sino cualquier otro buque siempre y cuando en el momento en que se efectúe el embargo este sea de propiedad del deudor.

Sin embargo, no es posible el embargo de un buque hermano cuando se trate de créditos relativos a la propiedad o a la posesión del buque. Solo el buque vinculado a dichos créditos podrá ser embargado.

2.3. Requisitos

Para que el juez decrete el embargo preventivo del buque es necesario que el que lo solicita acredite la verosimilitud del crédito marítimo que invoca y la necesidad de garantizarlo. Se requiere además que se presente una contracautela, que tiene por objeto garantizar al afectado con la medida cautelar de embargo, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La contracautela puede tener la forma que se conoce como «caución juratoria», y que consiste en el compromiso —escrito y con firma legalizada del acreedor— de responder por los daños y perjuicios que el embargo pudiera irrogarle al afectado. Esta forma de contracautela, en nuestra opinión, solo debería ser admitida si el acreedor que solicita el embargo es una persona de reconocida o probada solvencia económica, lo cual queda a criterio del juez. La contracautela también puede consistir en una garantía real o personal. Lo usual es que los jueces admitan como contracautela una fianza bancaria solidaria e irrevocable. El problema que se presenta es en cuanto a su monto, ya que no existe un criterio uniforme y en algunos casos los jueces la fijan en un monto igual al de la reclamación, lo cual en la mayoría de los casos resulta desproporcionado.

2.4. Levantamiento del embargo

Una vez que el buque ha sido embargado, puede ser liberado si el afectado con la medida presta garantía suficiente. Si no hay acuerdo entre las partes sobre la suficiencia y la forma de la garantía, el juez, a su criterio, determinará su naturaleza y cuantía, pero esta no podrá exceder el valor del buque embargado (artículos 44 y 45 de la decisión y artículo 628 del Código Procesal Civil). Esto se explica ya que el propósito de la garantía es reemplazar al buque.

Los armadores, como regla general, tienen cubierta su responsabilidad en los denominados Clubs de Protección e Indemnización que son seguros mutuales (Clubs de P&I). Estas entidades otorgan cartas de garantía comprometiéndose a pagar las sumas que a favor del reclamante fije la sentencia final de un tribunal competente, a condición de que el reclamante se abstenga de embargar el buque o acuerde su liberación en caso de haber sido embargado.

Estas cartas de garantía tienen aceptación internacional, porque las entidades que las otorgan gozan de reputación en el mercado. En el Perú la mayoría de los reclamantes acepta la carta de garantía de los Clubs de P&I para evitar un embargo o para levantarlo. Si el reclamante no la acepta

y como los jueces no están familiarizados con este tipo de garantía, por regla general la única alternativa que le queda al afectado es presentar una fianza bancaria irrevocable y solidaria. Esto presenta dificultades, ya que según el Código Procesal Peruano (artículo 628), el juez solo está facultado para levantar de plano el embargo si el afectado deposita en dinero el monto fijado en la medida, de tal manera que la suma depositada se mantiene en garantía devengando el interés legal. Cualquier otro tipo de garantía no es suficiente para que el juez levante de plano la medida.

Para resolver, el juez tiene que correr un traslado previo al peticionante por tres días, lo cual significa que, en la práctica, un buque puede quedar detenido por dos o tres semanas antes de obtener su liberación. Es fácil entender el malestar y desconcierto que esto causa a los armadores extranjeros, que no pueden comprender cómo su buque puede seguir detenido a pesar de que, por su parte, se cumplió con presentar una garantía suficiente.

La solicitud para que se levante el embargo preventivo, previa constitución de garantía, no se interpretará como un reconocimiento de responsabilidad ni como una renuncia a cualquier defensa o a cualquier derecho a limitar la responsabilidad, y no implica sumisión ni prórroga de la competencia en favor de los tribunales peruanos, cuando esta no corresponda.

La decisión 487 facilita el embargo preventivo de buques por créditos marítimos. Sin embargo, las normas de procedimiento en la legislación peruana no guardan armonía con el dinamismo de la actividad marítima y, por lo tanto, se presentan dificultades tanto para obtener una orden de embargo, en la medida en que los jueces no tienen un criterio uniforme en cuanto a la fijación del monto de la contracautela, como para obtener la pronta liberación del buque una vez que este ha sido embargado y que se ha prestado una garantía suficiente.

3. PREGUNTAS

1. Explique las principales diferencias entre privilegios marítimos e hipoteca naval.
2. Entre los créditos garantizados con un privilegio marítimo, ¿cuál es el que tiene preferencia frente a los demás y por qué?
3. ¿Cómo define la decisión 487 el embargo preventivo de buques?
4. ¿Qué se entiende por buques hermanos?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 3

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA NAVEGACIÓN Y COMERCIO

1. EL PROPIETARIO

El propietario es el que ostenta la propiedad del buque. Al ocuparnos de los privilegios marítimos hemos hecho alusión al concepto de viaje-empresa. La expedición marítima era una verdadera aventura, de ahí que se le conozca como aventura marítima. En la preparación del viaje-empresa participaba no solo el propietario del buque sino también los propietarios de la carga interesados en su comercialización. Se daba, pues, una suerte de asociación para hacer posible la empresa, a la que también aportaban capitales los propietarios de la carga.

Como vimos, el buque constituía la garantía para el pago de los aportes y ahí se encuentra el origen histórico de los privilegios marítimos en el derecho marítimo español, fuente de nuestro Código de Comercio. El propietario del buque viajaba con el buque y también lo hacían los propietarios de la carga. En una etapa posterior, los propietarios de la carga ya no viajan con el buque acompañando su carga, sino que solo lo hace el propietario del buque, a quien se le confía el cuidado de la carga.

El desarrollo de la navegación exige buques más grandes y costosos. Era necesario el concurso de varias personas para reunir el capital necesario para construir y explotar el buque. Esto da origen a la copropiedad. El buque para estos efectos se divide en participaciones iguales y este

fraccionamiento subsiste hasta hoy en Inglaterra donde el buque se divide en 64 partes según Chorley & Giles (1996). En nuestro caso, de acuerdo con el Código de Comercio el buque se divide en tantas participaciones como la que tiene el menor porcionista. Ahora bien, los copropietarios todos ellos no pueden dirigir y explotar el buque y se ven en la necesidad de designar una persona que se encargue de su dirección y explotación. Esa persona podía ser uno de los copropietarios o un extraño. En Inglaterra si el encargado era un copropietario recibía el nombre de *Managing Owner*, y si es un tercero se le llamaba *Ship's Husband*. Para el derecho español, esa persona es el naviero.

2. EL ARMADOR Y EL NAVIERO

Los conceptos de armador y naviero se utilizan hoy en día como sinónimos. Sin embargo, ha existido una diferencia, por lo menos con la figura del naviero tal cual el Código de Comercio la concibe. Parece ser que históricamente el nombre armador comenzó a utilizarse respecto de aquellos que tenían buques mercantes dispuestos para apoyar a los buques de guerra contra el enemigo. Equipaban y avituallaban el buque con este propósito, vale decir, lo armaban. Probablemente, allí esté el origen del concepto que hasta hace muy poco ha prevalecido de que la marina mercante es reserva naval.

Posteriormente, el término armador se utilizó en función de la preparación del buque para la navegación mercante. Avituallar, equipar y tripular un buque para una expedición marítima, significaba armar el buque, de allí que quien lo hacía recibía el nombre de armador. Por regla general, el propietario era el armador, ya que era el propietario quien armaba el buque para su explotación comercial. Es decir, era propietario armador. Pero si bien esta era la regla, existía la posibilidad de que quien armara el buque no fuera su propietario. Ello sucedía cuando el propietario arrendaba el buque a un tercero, quien lo equipaba y armaba para explotarlo comercialmente por su cuenta y no por cuenta del propietario.

Es decir, era un tercero no propietario del buque quien lo preparaba, equipaba y tripulaba no por cuenta del propietario, sino por cuenta propia.

Aquí radica la diferencia fundamental con el naviero al que se refiere el Código de Comercio. Como hemos visto, el naviero nace, principalmente, a consecuencia de la copropiedad. Por otro lado, podía suceder que el propietario estuviera incapacitado para explotar el buque por sí mismo. Los buques podían ser adquiridos por herencia y los herederos ser menores de edad. En tales casos, también era necesario designar a una persona que dirigiera y explotara comercialmente el buque. Es decir, la figura del naviero nace a consecuencia de la copropiedad y por la necesidad de un propietario que no estaba en capacidad de explotar el buque por sí mismo.

La diferencia del naviero con el armador, sea este propietario o no, es que el armador explota el buque por su cuenta y no por cuenta de otro, mientras el naviero arma y explota el buque por cuenta de otro. El Código no se refiere al armador con ese nombre, pero sí tiene en cuenta al propietario armador, es decir al propietario que por sí mismo explota el buque, pero lo llama también naviero (artículo 608).

La exposición de motivos del código dice al respecto: «Sabido es que el dominio de un buque puede pertenecer a cualquiera, ya sea nacional o extranjero, mayor o menor de edad, aunque no sea comerciante. Todas estas personas tienen aptitud para adquirir y poseer los buques; pero no la tienen igualmente para dirigir la explotación de los mismos, o sea para emplearlos o utilizarlos en especulaciones mercantiles. Por eso, desde los tiempos más antiguos, la costumbre de los pueblos marítimos ha sido poner al frente de todo buque que trata de emprender la navegación, una persona caracterizada y adornada de ciertos requisitos, la cual se constituye responsable de todos los actos y operaciones relacionados directa o indirectamente con el mismo buque. Esta persona puede ser el propietario, si quiere y reúne las condiciones legales; o un tercero a quien el primero confiere el mandato o comisión de administrar la nave, en su nombre por todo el tiempo que dure el viaje [...]».

El naviero así concebido tiene dos funciones. Primero, es el director de la empresa marítima y de la explotación comercial del buque. Es él quien lo avitualla, lo equipa, lo tripula, es decir, quien tiene la función de armarlo. En este aspecto es un mandatario del propietario —si es que el propietario no es al mismo tiempo el naviero— y debe ejercer esta función de acuerdo con las facultades que se le hayan otorgado.

La segunda función, que es fundamental, es la de representar la propiedad del buque ante la ley y ante terceros. Esta es una representación que no se la otorga el propietario, sino que la otorga la ley. Es un representante legal de la propiedad del buque, no de sus propietarios sino del buque mismo. Así lo establecen los artículos 599 y 608 del Código de Comercio. Estos artículos interpretados fuera de contexto han dado lugar a que Lino Cornejo (1943, p. 39), único autor peruano de un libro de derecho marítimo comercial, sostenga que los navieros tienen entre nosotros el nombre de agentes, lo cual es un lamentable error.

El naviero como lo concibe el Código de Comercio no existe en la actualidad. Debido a su elevado costo, los buques en el transporte marítimo son propiedad de grandes corporaciones y no de personas naturales. Los términos naviero y armador son ahora sinónimos. El propietario es a la vez armador o el armador puede no ser propietario y explotar el buque por cuenta y en nombre propio, como es el caso del fletador a casco desnudo que es el armador o naviero no propietario por excelencia. Lo que hoy define al armador es la posesión del buque y el ejercicio de la gestión náutica en nombre propio. El armador puede desprenderse temporalmente de la gestión comercial del buque, como sucede en el fletamento por tiempo, pero seguirá siendo el armador de ese buque en la medida en que conserve la gestión náutica del mismo.

En la actualidad, de acuerdo con la ley de reactivación y promoción de la marina mercante nacional 28583, modificada por la ley 29475, el naviero debe cumplir los requisitos siguientes: (i) si es persona natural, lo cual puede ocurrir en el transporte fluvial o lacustre, debe tener la nacionalidad peruana, y si es persona jurídica, debe estar constituida

en el Perú, con domicilio principal, sede real y efectiva en el país, con por lo menos el 51% de su capital social suscrito y pagado de propiedad de ciudadanos peruanos, y el presidente del directorio, la mayoría de directores y el gerente general deben ser de nacionalidad peruana y residir en el Perú; (ii) debe dedicarse al servicio de transporte acuático en tráfico de cabotaje o en tráfico internacional; (iii) debe contar, al menos, con un capital suscrito y pagado del 15% del valor en aduanas de los buques de su propiedad. Para la constitución de la persona jurídica naviera, el capital inicial podrá ser de un tercio del 15% del valor estimado del buque a adquirir con cargo a completarse a más tardar al mismo tiempo en que se efectúe la adquisición del buque; (iv) ser propietario de por lo menos un buque mercante de bandera peruana, o arrendatario bajo las modalidades de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, con la obligación de comprar dicho buque; y, (v) contar con permiso de operación, que es la autorización administrativa con plazo indefinido que otorga la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para ejercer actividades de transporte marítimo, fluvial y lacustre.

Limitación de responsabilidad del propietario y naviero

Este derecho nace también en la época de la navegación clásica. El patrimonio terrestre se diferencia del patrimonio marítimo, pues es el buque el que responde por los créditos marítimos. Según el criterio tradicional, la responsabilidad del naviero estaba limitada al valor del buque con todas sus pertenencias y a los fletes devengados en el viaje. El Código de Comercio sigue este criterio, pero con una diferencia: en el caso de créditos derivados de la pérdida o daños al cargamento, el naviero podrá eximirse de responsabilidad —lo que en rigor constituye una limitación de responsabilidad— haciendo abandono del buque con todas sus pertenencias y de los fletes devengados en el viaje, de acuerdo con el artículo 600.

Esta forma de limitación de responsabilidad solo procede en el caso de créditos relativos a la custodia del cargamento, vale decir a los casos de pérdida, daños y demás perjuicios causados en el cargamento y no respecto de otros créditos marítimos. Cada buque constituye el centro del patrimonio marítimo y por lo tanto la responsabilidad queda restringida exclusivamente al buque que dio lugar al nacimiento de ese crédito, sin extenderse a los demás buques en la medida en que el naviero está facultado para hacer abandono de ese buque.

El abandono del buque a favor de los acreedores no constituye un acto de traslación de dominio, sino una transferencia de posesión a los acreedores en garantía del cumplimiento de este crédito marítimo. Los acreedores, por su parte, tienen el derecho y la obligación de vender el buque en pública subasta para el pago de sus créditos, de tal manera que el saldo, si lo hubiere, quedará en provecho del naviero. El abandono es válido aunque el buque haya desaparecido por naufragio y no sea posible su rescate. El código también establece la limitación de responsabilidad en relación a créditos marítimos derivados del abordaje, esto es de la colisión entre buques. De acuerdo con el artículo 850, la responsabilidad del naviero en este caso se entiende limitada al valor del buque con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje.

En el abordaje, no es el abandono del buque sino su valor el que opera como límite de la responsabilidad del naviero, y según nos dice el profesor español Ignacio Arroyo (2001), el Tribunal Supremo español en sentencia de 17 de abril de 1964 aclaró que por valor del buque hay que entender el que tuviera en el momento inmediato anterior al siniestro.

En Inglaterra no se distinguía entre el patrimonio marítimo o fortuna de mar y el patrimonio de tierra, y el derecho de los armadores a limitar su responsabilidad fue introducido con posterioridad, pero no siguiendo el criterio tradicional sino estableciendo como límite una cantidad en dinero que se determina en función del tonelaje del buque causante del daño. Esa suma representa un fondo del cual las víctimas cuyos créditos tengan el mismo rango son compensadas a prorrata si es que el fondo no fuera suficiente para satisfacer todos los créditos en su integridad.

El sistema tradicional fue duramente criticado. Se dijo que, por un lado, favorecía a los armadores de buques viejos o inadecuadamente mantenidos, y que por otra parte, si el buque naufragaba el límite era casi inexistente, lo cual resultaba injusto. El caso del hundimiento del Titanic ilustra al respecto. De acuerdo con el sistema inglés, el límite en función del tonelaje hubiera sido de US \$ 3 750 000. Sin embargo, de acuerdo al sistema americano, que sigue el criterio tradicional, el límite fue de US \$ 91 805 en base al valor de los botes salvavidas y del importe del pasaje pagado por adelantado.

Como los sistemas de limitación de responsabilidad no son uniformes, se ha tratado de armonizarlos mediante convenios internacionales. El primero fue el convenio de Bruselas de 1924, que siguió el sistema tradicional, esto es el valor del buque —aun cuando se trató de conciliar ambos sistemas— y no tuvo mayor aceptación. Luego se aprobó el convenio de Bruselas de 1957, abandonando el sistema tradicional y que tuvo una mejor acogida. Finalmente, la Organización Marítima Internacional OMI de las Naciones Unidas aprobó el Convenio sobre Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones Marítimas 1976, que entró en vigencia en 1986 y que ha sido admitido favorablemente en la comunidad marítima. El Perú no ha ratificado dicho convenio, que al igual que el convenio de Bruselas de 1957 fue elaborado en base al sistema inglés.

El fundamento moderno para conservar la limitación de responsabilidad del armador no se apoya en razones de justicia sino de conveniencia. Históricamente, se sostenía que era injusto que el armador soportara la totalidad del daño que el buque ocasione, teniendo en cuenta que se trataba de una aventura común de la que se beneficiaban o perjudicaban tanto el armador como los intereses de la carga. Hoy se dice que los buques modernos pueden ocasionar daños de magnitud incalculable y que por tanto es necesario que los armadores obtengan una adecuada cobertura de seguro para hacer frente a las reclamaciones de terceros, lo cual solo es posible si existe un límite de responsabilidad que permita a los aseguradores calcular su máxima exposición. De esta manera, si se establecen límites razonablemente altos, las víctimas podrán lograr la protección del seguro.

3. LOS AGENTES

Los agentes cumplen hoy una importante función en el transporte internacional, así como en la gestión y operación de los buques mercantes. En la medida en que realizan actos jurídicos en nombre y por cuenta de sus principales, son mandatarios mercantiles. El Código de Comercio se ocupa de los mandatarios mercantiles sin vínculo de dependencia con el mandante, a quienes llama comisionistas. La comisión mercantil es por tanto el mandato mercantil en que no existe vínculo de dependencia entre el comitente o mandante y el comisionista o mandatario. El Código trata por separado, en los artículos 275 y siguientes, el mandato mercantil cuando media vínculo de dependencia, y a estos mandatarios los denomina factores, dependientes y mancebos.

De la comisión mercantil o mandato sin que medie vínculo de dependencia, el código se ocupa en los artículos 237 y siguientes. Ahora bien, el comisionista puede obrar de dos maneras: en nombre propio o en nombre de su comitente. Sin embargo, en ambos casos obra por cuenta del comitente.

Estos principios fundamentales del mandato o comisión se encuentran consagrados en los artículos 239 y 240 del Código de Comercio. El primero se refiere al caso en que el comisionista actúe en nombre propio, esto es, sin revelar el nombre del comitente por cuya cuenta actúa. En este caso, dice el código, el comisionista quedará obligado de modo directo con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente ni este contra aquellas. El artículo 240 se refiere al caso en que el comisionista actúe en nombre del comitente, señalando que el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán efecto entre el comitente y la o las personas que contrataren con el comisionista. En los demás artículos del título referido a la comisión, el código desarrolla la comisión vinculada a la venta de mercancías, ya que esta era la actividad principal en aquella época en la que actuaban los comisionistas.

Sin embargo, hay que tener presente que los principios consagrados en los artículos 239 y 240 son de aplicación a todas las modalidades de la comisión o mandato mercantil. Por otro lado, es necesario destacar que el Código de Comercio ya ha previsto al comisionista vinculado al transporte que contrate a nombre propio o a nombre de su comitente.

Así, en el artículo 269 dispone que: «El comisionista que en concepto de tal hubiere de remitir efectos a otro punto, deberá contratar el transporte cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador en las conducciones terrestres y marítimas. Si contratarse en nombre propio el transporte, aunque lo haga por cuenta ajena, quedará sujeto para con el porteador a todas las obligaciones que se imponen a los cargadores en las conducciones terrestres y marítimas».

En la actualidad, no es el término comisionista el que se utiliza sino el de agente. Existe una discusión teórica sobre si el agente —y por consiguiente el contrato de agencia— es diferente de la comisión y debe por tanto ser regulado por separado. En algunas legislaciones se hace el distinguo. Empero, consideramos que se trata más que nada de una cuestión de terminología. En el fondo se trata del contrato de mandato mercantil, sea cual fuere el nombre que se utilice. Los denominados agentes, que son intermediarios en la contratación y prestan servicios en este sentido, pueden o no ser mandatarios. No lo serán si no celebran actos jurídicos por cuenta de otro, limitándose en tal caso a prestar servicios. Y si celebran actos jurídicos por cuenta de otro serán mandatarios mercantiles, cuyos efectos serán distintos según hayan contratado en nombre de su comitente o en nombre propio.

Vinculados a la navegación y explotación comercial del buque existen los denominados agentes generales y agentes marítimos. Los agentes generales colaboran principalmente con las líneas navieras de servicio regular o *liner*. Son los encargados de velar en el país por los intereses de los armadores que representan y de contratar carga para ser embarcada en puertos del país, y en general celebran los contratos que sean necesarios en relación con la operación de los buques que atienden el comercio del país.

Normalmente, son los agentes generales quienes contratan a los agentes marítimos para que atiendan los buques de los armadores que representan en puertos peruanos. Los agentes generales están ahora regulados por el reglamento de agencias generales, marítimas, fluviales, lacustres, empresas de estiba y desestiba, aprobado por decreto supremo 010-99-MTC, y requieren de licencia otorgada por la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes.

Por otro lado, existen los denominados agentes marítimos o consignatarios de naves, como se les conoce en España y a los que tangencialmente hace referencia el libro tercero del Código de Comercio. Estos son las personas que actúan en nombre del capitán, propietario, naviero o armador, fletador u operador, para todos los actos y gestiones concernientes a la atención de los buques en puertos peruanos.

Según el reglamento antes citado, todo buque nacional o extranjero debe tener un agente marítimo (fluvial o lacustre) en el puerto donde arribe, que tiene la calidad de representante del capitán, propietario, naviero o armador, fletador u operador del buque que agencie. Tiene además la representación judicial activa y pasiva del propietario, naviero o armador, fletador u operador y capitán de los buques que agencie, y personería procesal —que es activa y pasiva— con las facultades generales y especiales del mandato judicial.

Sus funciones principales son las de recibir y asistir a los buques que arriben al puerto y realizar todos los trámites administrativos frente a las autoridades, en particular ante la autoridad marítima, la autoridad portuaria y la autoridad de aduanas; proveer lo necesario para el avituallamiento de la nave, movimiento de tripulación, pasajeros y carga; practicar las diligencias necesarias para el despacho de la nave, así como para el estricto cumplimiento de las disposiciones que dicten las autoridades; contratar al personal necesario para la atención y operación de la nave en el puerto; recibir la carga para su embarque y atender y vigilar las operaciones de embarque y descarga; recibir los conocimientos de embarque y autorizar la entrega de la carga a sus destinatarios; y firmar,

por delegación del capitán, los conocimientos de embarque y demás documentación necesaria.

Los agentes marítimos prestan, así, dos tipos de funciones. Primero, aquellas que hemos descrito en el párrafo anterior y que caen por así decirlo dentro de la esfera pública en la medida que está vinculada con las relaciones frente a las autoridades del Estado. En este sentido, la ley les impone una responsabilidad solidaria con su principal, pero debe entenderse que esta responsabilidad del mandatario por los actos del mandante es una excepción a la regla y se explica por el desempeño de actividades dentro de la esfera pública. Por ello, a los agentes marítimos se les exige la presentación de una fianza y una licencia para poder operar. Anteriormente estaban sujetos a la regulación y control de la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes, pero a partir de la dación del decreto supremo 016-2005-MTC su control y fiscalización han pasado a la Autoridad Portuaria Nacional, que es la que les otorga la licencia correspondiente.

4. EL CAPITÁN

Entre las personas que intervienen en la navegación, el capitán ha sido una de las más destacadas. En el pasado el capitán gozaba de facultades extraordinarias que se explicaban por las dificultades de la navegación, la larga duración de los viajes, y el aislamiento en que se encontraba respecto del armador o naviero. Sin embargo, los cambios radicales que se han operado en la navegación debido al desarrollo tecnológico y a la globalización, que han significado la transformación de los buques y rapidez en los medios de comunicación, han sin duda ocasionado una dramática transformación en la personalidad del capitán, quien hoy está en contacto permanente e inmediato con el armador y sus agentes en cualquier puerto del mundo.

De ser el jefe de una expedición marítima, hoy se ha reducido a ser el dependiente técnico de una empresa cuya gestión se maneja desde

las oficinas del naviero e incluso desde las oficinas de centros operativos que han remplazado muchas de las funciones del capitán, sobre todo en cuanto se refiere a buques de línea. Tradicionalmente, el capitán tiene tres funciones. La primera es una función técnica, en la medida que él es el director técnico de la navegación. La segunda es una función pública, por cuanto el Estado le asigna su representación en los mares y puertos del mundo, para lo cual le confiere determinados encargos que normalmente son desempeñados por funcionarios públicos. Tiene así una función notarial, por cuanto ante él se puede otorgar el testamento marítimo, conforme lo establecen los artículos 716 y siguientes del Código Civil. Tiene también la delegación de una función judicial, ya que las personas que se encuentren a bordo quedan sometidas a su autoridad, estando facultado para imponer sanciones correctivas e instruir la correspondiente sumaria sobre los delitos cometidos a bordo (artículo 623 del Código de Comercio).

Finalmente, la tercera función era la comercial, pues el capitán era el agente comercial del armador, con amplias facultades para celebrar contratos respecto del buque y darlo en garantía. Esta es la función que más se ha visto afectada. El capitán es el representante legal del armador, sin perjuicio de la representación que también se confiere a los agentes marítimos, y es también representante de los cargadores para realizar todos los actos necesarios a efectos de la conservación de la carga y para asegurar el resultado de la expedición. Según la ley de reactivación y promoción de la marina mercante nacional, modificada por la ley 29475, el capitán de buques de empresas navieras nacionales debe ser de nacionalidad peruana.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son las personas que intervienen en la navegación y comercio marítimo?
2. ¿En qué casos pueden limitar su responsabilidad el propietario y el naviero, según el Código de Comercio?
3. Explique las diferencias entre agente general y agente marítimo.
4. Desarrolle las funciones que desempeña el capitán.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 4

CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DE BUQUES

1. DISPOSICIONES GENERALES

La exposición de motivos de nuestro Código de Comercio (1902), que es en rigor la exposición de motivos del Código de Comercio Español de 1865, define el contrato de fletamento como aquel mediante el cual se transportan por mar géneros o efectos comerciales, vale decir mercancías, en un buque.

El código se ocupa del fletamento por viaje, y muy tangencialmente del fletamento por tiempo, así como del transporte de mercancías al amparo de conocimientos de embarque, pero a todos los denomina contratos de fletamento. Este es un contrato consensual, no sometido a formalidad alguna, y las disposiciones del código son supletorias de la voluntad de las partes.

Las normas del código sobre conocimientos de embarque contenidas en los artículos 719 al 731 fueron derogadas por la ley de títulos valores 27287. El artículo 665 del código que establece que el contrato de fletamento deberá extenderse por duplicado en póliza firmada por los contratantes, parecería exigir el documento escrito para la validez del contrato.

Sin embargo esto no es así, aun cuando la redacción del artículo citado pueda originar confusión. En realidad, cuando el Código exige

la formalidad escrita como requisito de validez, así lo dice expresamente, como sucede con el contrato de seguro marítimo (artículo 750). Ello no ocurre en el caso del contrato de fletamento y, por lo demás, el artículo 666 prevé la posibilidad de que no exista la póliza de fletamento y en tal caso no hace inválido el contrato sino que establece que este se entenderá celebrado con arreglo a lo que disponga el conocimiento de embarque, único título en orden a la carga para fijar los derechos y obligaciones del naviero, del capitán y del fletador.

El fletador en este caso es el cargador y a su turno el consignatario o tenedor legítimo del conocimiento de embarque. Como bien dice el profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona, Ignacio Arroyo (2001), en el Código de Comercio el contrato de fletamento se confunde con el contrato de transporte marítimo.

La doctrina moderna denomina contratos de utilización de buques a aquellos que tienen como finalidad la explotación comercial de un buque destinado a la navegación. En la medida en que el buque es utilizado como medio de transporte de mercancías, reconoce principalmente dos clases de contratos: el contrato de fletamento y el contrato de transporte marítimo de mercancías. Hay conceptos como el de navegabilidad, desviación, puerto seguro y mercancías peligrosas que son comunes a todos los contratos de utilización de buques.

2. NAVEGABILIDAD

En la actividad de la navegación, una de las obligaciones principales que tiene el armador, fletante o porteador es la de ejercer la debida diligencia, lo que significa actuar con la diligencia ordinaria requerida para entregar el buque en condiciones de navegabilidad, por lo que resulta importante precisar este concepto.

La otra obligación principal que tiene el armador, fletante o porteador, que se cumple a través del capitán, es la de cuidar que el embarque,

manipuleo, estiba, transporte, custodia, conservación y descarga de las mercancías se efectúen en forma conveniente y apropiada.

En términos generales, la navegabilidad significa que el buque se encuentra en buen estado para hacerse a la mar. El concepto de navegabilidad comprende tres aspectos:

- i) el buque en sí, y en tal sentido se tiene en consideración la construcción y diseño del buque, las condiciones del casco y su maquinaria, los equipos adecuados de navegación, vale decir que esté construido, equipado y avituallado para efectuar el viaje para el cual ha sido contratado. El estado de navegabilidad no debe ser considerado en abstracto, sino en relación al viaje en concreto que va a realizar. Así, un buque puede estar en condiciones de navegabilidad para realizar viajes de cabotaje, pero no para realizar un viaje del Callao al Japón. Debe contar con los certificados y autorizaciones requeridos teniendo en cuenta los puertos que va a visitar y dichos documentos deben encontrarse al día;
- ii) el buque debe tener un capitán y tripulación competentes y en el número necesario para el viaje en cuestión;
- iii) el buque debe ser apto para transportar la carga requerida. Puede así ser apto para transportar carga a granel, pero no serlo para transportar productos que necesiten refrigeración. Un aspecto vinculado a la navegabilidad del buque, en el sentido de que debe ser apto para recibir carga, es la limpieza de las bodegas y espacios en los que la carga va a ser conducida. En ciertos casos una mala estiba puede dar como resultado que el buque resulte innavigable, pero debe distinguirse entre una mala estiba que ocasione la falta de navegabilidad del buque en el sentido de que este no podrá efectuar el viaje con seguridad, y una mala estiba que solo afecte a la carga pero que no ponga en peligro la seguridad del buque.

3. DESVIACIÓN

Se entiende por desviación el cambio intencional de la ruta designada en el contrato o, a falta de tal designación, de la ruta usual y acostumbrada o en su defecto de la ruta geográfica más directa.

Cuando en el contrato hayan sido designados varios puertos de embarque o descarga, el buque debe dirigirse a ellos en el orden indicado en el contrato, a menos que exista causa suficiente que justifique lo contrario. Si en el contrato no se indica el orden en el que el buque debe dirigirse a los puertos de embarque o descarga, y estos se encuentran situados dentro de un área determinada, el buque deberá dirigirse a ellos en su orden geográfico, a no ser que exista costumbre o causa suficiente que justifique lo contrario.

La desviación será justificada en los casos siguientes: (i) cuando se encuentre expresamente autorizada en el contrato; (ii) cuando sea debida a circunstancias fuera del control del capitán y de su armador; (iii) cuando sea razonablemente necesaria para la seguridad del buque; (iv) cuando sea razonablemente necesaria para salvar vidas humanas o asistir a un buque en emergencia en el que se hallen en peligro vidas humanas; (v) si ha sido razonablemente necesaria a fin de obtener asistencia médica para alguna persona a bordo del buque. Cuando cese la causa justificativa de la desviación, el buque deberá retomar su ruta y proseguir el viaje con razonable prontitud.

4. PUERTO SEGURO

El concepto de puerto seguro se inspira en el caso *The Evia* (Nº 2) (1982) resuelto por la Cámara de los Lores del Reino Unido. Si en el contrato no se especifican el puerto o puertos de embarque o descarga, el fletador tiene la obligación de emplear el buque entre puertos seguros. Un puerto es seguro cuando el buque pueda llegar a él, utilizarlo y zarpar sin estar expuesto, en ausencia de algún acontecimiento anormal, a peligros evitables con una adecuada navegación y apropiadas maniobras maríneas.

El puerto debe ser seguro en el momento en que tenga que ser utilizado. Empero, el fletador cumple su obligación si al momento en que designa el puerto al que el buque debe dirigirse y da la orden con ese propósito, el puerto es previsiblemente seguro. Sin embargo, esto no significa que en el momento de la designación el puerto deba ser seguro, ya que puede suceder que a pesar de que en ese instante el puerto designado no cumple con las condiciones de seguridad requeridas, no exista la menor duda de que al arribo del buque el puerto será seguro, por ejemplo, si el puerto está clausurado temporalmente por un obstáculo que está en vías de ser removido. Ahora bien, si a pesar de la previsión que tomó el fletador, con posterioridad a la designación ocurren situaciones inesperadas y anormales que hacen que el puerto de que se trate se convierta en inseguro, de tal manera que el buque sufra demora, se dañe o se pierda como consecuencia de las nuevas condiciones del puerto, el fletador no será responsable de los perjuicios que sufra el armador. Lo contrario implicaría convertir al fletador en asegurador del armador, ya que estaría asumiendo riesgos que deben ser cubiertos por el seguro.

El compromiso que asume el fletador no constituye pues una obligación absoluta en el sentido de garantizar que durante el período en que el buque esté a su servicio se encontrará siempre en puertos seguros. Sin embargo, si con posterioridad a la designación y mientras el buque se dirige al puerto, las circunstancias cambian y este deviene inseguro, el fletador, si se trata de un fletamento por tiempo, tendrá la obligación de cancelar la orden y variarla a fin de que el buque se dirija a otro puerto que reúna las condiciones de seguridad, ya que por la naturaleza de este contrato el fletador está en condiciones de variar oportunamente sus órdenes.

En el caso del fletamento por viaje la situación es menos clara, y habría que ver si en las circunstancias del caso el fletador estaba en condiciones de modificar su designación. Si el puerto deviene inseguro cuando el buque se encuentra en él, la actitud que debe observar el fletador para dar cumplimiento a esta obligación dependerá de las circunstancias,

ya que si el buque está en condiciones de zarpar para evitar el peligro, deberá ordenar que así lo haga, pero si por la naturaleza del peligro que ha convertido el puerto en un lugar inseguro no es posible que el buque zarpe, el fletador no tendrá responsabilidad alguna por cuanto no se le puede exigir que dé una orden que sea imposible cumplir.

5. MERCANCÍAS PELIGROSAS

El fletador o el cargador antes de embarcar mercancías peligrosas tiene la obligación de informar al armador, fletante o porteador, según sea el caso, del carácter peligroso de aquellas y de ser necesario, de las precauciones que deban adoptarse. Las mercancías peligrosas deben señalarse de manera adecuada como tales, mediante marcas o etiquetas. Si se incumple esta obligación, el fletador o el cargador será responsable de los daños y perjuicios resultantes del embarque de tales mercancías, y estas podrán en cualquier momento ser descargadas, destruidas o transformadas en inofensivas, según lo requieran las circunstancias, sin que haya lugar a indemnización.

Aun cuando se ponga en conocimiento del armador, fletante o porteador el carácter peligroso de las mercancías, si estas llegaren a constituir un peligro real para la vida humana o los bienes, podrán ser descargadas, destruidas o transformadas en inofensivas, según lo requieran las circunstancias, sin que haya lugar a indemnización, salvo cuando exista la obligación de contribuir a la avería general.

El transporte de mercancías peligrosas por mar se encuentra regulado por el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (Código IMDG) aprobado por la Organización Marítima Internacional (OMI). En este sentido, el Convenio internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS 74) ratificado por el Perú mediante decreto ley 22681 y el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques 1973 ratificado mediante decreto ley 22703 y su Protocolo de 1978 ratificado por decreto ley 22954, prohíben el transporte de

mercancías peligrosas a menos que el transporte se efectúe de conformidad con las disposiciones del Código IMDG.

6. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los alcances del concepto de navegabilidad del buque?
2. ¿En qué casos está justificada la desviación del buque?
3. ¿Qué significa puerto seguro?
4. ¿Cuál es el código que regula el transporte de mercancías peligrosas?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 5

CONTRATOS DE FLETAMENTO

Los contratos de fletamento, si bien son consensuales y no requieren de formalidad alguna, generalmente constan en pólizas de fletamento o *charter parties*, que es como se les denomina en el mercado internacional. Existen en el mercado pólizas de fletamento tipo, elaboradas entre otras entidades, por BIMCO (*Baltic and International Maritime Conference*) y por la Asociación de Corredores y Agentes de Buques de Estados Unidos (*Association of Ship Brokers and Agents USA Inc.*), tales como la póliza *Barecon 2001* en cuanto al fletamento a casco desnudo, *Baltime* respecto al fletamento por tiempo y *Gencon* relativa al fletamento por viaje, elaboradas por BIMCO, así como la póliza *New York Produce Exchange* en cuanto al fletamento por tiempo, elaborada por la Asociación de Corredores y Agentes de Buques de Estados Unidos.

Estas pólizas tipo no participan de la naturaleza de las cláusulas generales de contratación, sino que tienen como finalidad facilitar la contratación en una actividad que es esencialmente dinámica. Los corredores que intervienen por las partes utilizan las pólizas tipo como base de sus negociaciones, pero tienen plena libertad para introducir las modificaciones que estimen necesario, ya que los contratos de fletamento son contratos paritarios y se rigen por el principio de la libertad contractual. Existe una gran variedad de pólizas tipo según la naturaleza del transporte de que se trate.

1. FLETAMENTO A CASCO DESNUDO

La naturaleza jurídica del fletamento a casco desnudo o *bareboat charter party*, como se le conoce en el mercado internacional, es la de un contrato de arrendamiento, ya que el propietario le cede temporalmente al fletador la posesión y control del buque. El fletador contrata al capitán y a la tripulación y ejerce la gestión náutica del buque por su cuenta y en su nombre. Hoy el fletador a casco desnudo es por excelencia el armador no propietario. Puede también por cierto ejercer la gestión comercial del buque, pero es el ejercicio de la gestión náutica lo que lo califica como armador, ya que puede temporalmente desprenderse de la gestión comercial cuando respecto del buque celebre un contrato de fletamento por tiempo.

Este tipo de fletamento juega un papel importante como instrumento en la financiación de la compraventa de buques, pues es usual que al fletador se le otorgue la opción de compra, lo cual lo tipifica como un arrendamiento financiero. En nuestro medio fue usado por las empresas navieras nacionales como medio para incrementar su flota y, en la actualidad, como ya lo hemos visto, la ley de reactivación y promoción de la marina mercante nacional 28583, modificada por la ley 29475, exige que el naviero o armador nacional sea propietario o arrendatario bajo la modalidad de arrendamiento a casco desnudo con la obligación de comprar dicho buque, para gozar de los incentivos que la ley otorga.

2. FLETAMENTO POR TIEMPO

En el fletamento por tiempo, el armador sigue siendo responsable a través del capitán y tripulación, que son sus dependientes, de la gestión náutica del buque, esto es de la empresa de la navegación. Por su parte, el fletador tiene la gestión comercial del buque en la medida en que tiene el derecho de decidir los viajes que se deben realizar y la carga que se vaya a transportar, dentro de los límites establecidos en el contrato.

Por ello se dice que en este contrato hay una distribución de funciones entre el armador y el fletador. Al primero le corresponde la empresa de la navegación, mientras al segundo la empresa comercial o la empresa del transporte. Es frecuente que el fletador sea a su vez un armador que requiere incrementar temporalmente su flota. También puede serlo un propietario de carga que tenga la necesidad de contar con un transporte constante, pero que no quiera convertirse en armador pues sus requerimientos se satisfacen con el control temporal de la operación comercial del buque.

El fletador es responsable de todos los gastos relacionados directamente con la operación del buque, tales como derechos de puerto, practica, combustible, y los gastos de embarque y descarga. El fletador tiene la obligación de indemnizar al armador por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia del ejercicio de la gestión comercial del buque por parte del fletador.

Los conocimientos de embarque que emita el capitán siguiendo instrucciones del fletador pueden no otorgarle al armador la misma protección que le brinda el contrato de fletamento. Así, por ejemplo, en cuanto a los daños que sufra la carga, el armador y el fletador tienen libertad para distribuirse la responsabilidad en la forma que estimen conveniente. El armador puede exonerarse totalmente de responsabilidad o convenirse que solo responde en limitadas circunstancias, de tal manera que la responsabilidad mayor sea asumida por el fletador.

En consecuencia, el fletador debe indemnizar al armador por los perjuicios que sufra al tener que asumir frente a terceros una responsabilidad de la que estaba exento de acuerdo con el contrato de fletamento. En principio, el flete que el fletador debe pagar al armador se devenga desde el momento en que el buque es entregado al fletador hasta su restitución al armador al término del período del fletamento. El fletador paga el flete por el período de utilización del buque, independientemente del número de viajes que se efectúen y de la cantidad de carga que se transporte.

El riesgo económico de la demora del buque a consecuencia de mal tiempo, huelgas de prácticos o estibadores, etcétera, durante el período

del contrato lo soporta el fletador, quien a pesar de no poder utilizar el buque seguirá obligado al pago del flete. Como regla general, se estipula que si el fletador no paga el flete en la oportunidad debida, el armador está facultado para resolver el contrato y retirar el buque del servicio del fletador.

La rigurosidad de la estipulación se explica por la necesidad de proteger a los armadores contra la insolvencia de los fletadores, así como contra los fletadores que se resisten al pago del flete. No solo un pago tardío, sino también un pago diminuto le da derecho al armador para retirar su buque. Por lo tanto, el fletador debe ser muy cauteloso al efectuar las deducciones que le son permitidas, ya que si se equivoca al estimar el flete corre el riesgo de perder el buque.

De acuerdo con la práctica del mercado internacional, el fletador no puede suspender el flete aun cuando el buque se encuentre temporalmente inhabilitado para proveer los servicios que de él se requieran, sin perjuicio del derecho del fletador a ser indemnizado por los daños y perjuicios cuando la inhabilitación del buque se deba a causas imputables al fletante.

Porque esta es la regla, el pacto en contrario se encuentra contenido en las denominadas cláusulas *Off Hire* de las pólizas de fletamento por tiempo, que facultan al fletador para suspender el pago del flete o reducirlo durante el período en el cual el buque esté inhabilitado para proveer los servicios requeridos, por alguno de los incidentes expresamente previstos en dichas cláusulas. Como estas cláusulas constituyen una excepción a la regla, deben interpretarse restrictivamente, a fin de establecer qué incidentes dan lugar a la suspensión o reducción del flete, de acuerdo a los términos de la cláusula *Off Hire* de que se trate.

3. FLETAMENTO POR VIAJE

El contrato de fletamento por viaje es el contrato típico del denominado tráfico *tramp*, esto es de aquel tráfico que no es de servicio regular y que no está sujeto a un itinerario. En este contrato el armador fletante tiene el control de la gestión náutica y de la gestión comercial del buque, comprometiéndose a transportar un cargamento determinado del lugar

designado para el embarque al lugar designado para la descarga, a cambio de una contraprestación en dinero que se denomina flete.

El fletamento por viaje puede ser total, si es que el armador fletante se obliga a poner a disposición del fletador todos los espacios del buque susceptibles de recibir carga, o parcial si el fletador solo dispone de un espacio determinado en el buque. El fletante es responsable de todos los costos de la operación, tales como gastos de puerto, combustible, y de los impuestos y derechos que afecten al buque. El fletador asume los gastos e impuestos relativos a la carga, y es frecuente que también se obligue a pagar los gastos de embarque y descarga.

En este tipo de contrato, fletante y fletador asumen obligaciones que pueden originar responsabilidad por la demora. En la dinámica del comercio marítimo el tiempo es dinero. Los buques modernos son costosos de operar y, por lo tanto, desde el punto de vista del fletante es de vital importancia que el buque experimente la menor demora posible para que la operación sea rentable.

Desde el punto de vista del fletador sucede lo mismo. La carga que es valiosa y que sobre todo en el comercio de *commodities* está sujeta a las constantes fluctuaciones del mercado, hace necesario que esta se embarque, transporte y descargue lo más rápidamente posible. Por ello es interés de ambas partes que la expedición marítima se lleve a cabo con la menor demora que sea posible.

Sin embargo, el riesgo de que se produzcan demoras es inevitable, y por tanto es preciso determinar quién —fletante o fletador— asumirá el costo económico de la demora. Lord Diplock, juez de la Cámara de los Lores del Reino Unido en el célebre caso *Johanna Oldendorff* (1973), estableció con notable acierto que la expedición marítima contemplada en el fletamento por viaje involucra cuatro etapas sucesivas.

La primera es el viaje de aproximación o viaje preliminar, vale decir, el viaje desde donde se encuentra el buque hasta el lugar de embarque. La segunda es la operación de embarque. La tercera es el viaje del transporte propiamente dicho. La cuarta y última etapa es la operación de descarga

en el lugar de destino. El fletante participa en las cuatro etapas, mientras que el fletador solo participa en la segunda y cuarta etapa.

Sin embargo, en la primera y tercera etapas prevalecen las obligaciones del fletante y, por consiguiente, la responsabilidad por la demora recae principalmente en él, mientras que en la segunda y cuarta etapas prevalecen las obligaciones del fletador y, por lo tanto, la responsabilidad por la demora recae principalmente en el fletador. Ahora bien, es necesario que cada una de estas etapas concluya para que la siguiente etapa se inicie. La primera etapa concluye cuando el buque ha llegado al lugar de embarque. Esto es, cuando el buque es un *arrived ship* según la conocida expresión inglesa. Para determinar cuándo el buque ha llegado será preciso tener en cuenta si el fletamento por viaje es un fletamento a muelle (*Berth Charterparty*), o si es un fletamento a puerto (*Port Charterparty*). Si es lo primero, en principio, no se presentan mayores dificultades.

El buque solo habrá llegado cuando acodere en el muelle correspondiente. Si el buque llega a puerto, pero por congestión o por cualquier otra circunstancia, no imputable a las partes, el buque tiene que esperar para ingresar al muelle que corresponda, la primera etapa no habrá concluido y todo el tiempo de demora lo soporta el fletante. El fletamento por viaje a puerto es el que mayores dificultades ha presentado.

De acuerdo con la jurisprudencia inglesa, se ha establecido que si el fletamento es a puerto y hay muelle disponible al que el buque puede acceder inmediatamente, la primera o la tercera etapa concluye cuando el buque arribe al muelle designado. Pero si no hay muelle disponible al que el buque pueda acceder inmediatamente, se considera que el buque ha arribado si se cumplen dos condiciones. Primero, que el buque se encuentre dentro de los límites del puerto y, segundo, que el buque esté a la inmediata y efectiva disposición del fletador.

En este sentido, se presume que el buque está a la inmediata y efectiva disposición del fletador cuando se encuentra en el lugar en el que los buques usualmente esperan turno para acceder a un muelle disponible. Las partes tienen, por cierto, amplia libertad para modificar esta

distribución del riesgo de demora mediante estipulaciones expresas. Así, una de las estipulaciones que al respecto se encuentra en los fletamentos por viaje es la que establece *time lost waiting for a berth to count as laytime*, lo que es que el tiempo perdido a la espera de muelle se cuenta como estadías. El efecto de esta estipulación en un fletamento a muelle es convertirlo en un fletamento a puerto. Concluida la primera etapa, se inicia la segunda que consiste en la operación de embarque.

El fletador cuenta con un período para embarcar y descargar la carga libre de costo. A este período se le denomina estadías o tiempo de plancha o *laytime*, que es como se le conoce en el mercado internacional. El origen del término «tiempo de plancha» proviene del uso de planchas metálicas flotantes que antiguamente se usaban en los puertos que no contaban con muelles o instalaciones de atraque, y que se colocaban con carga al costado del buque para desde allí efectuar el embarque, o se colocaban al costado del buque para que este pudiera realizar la descarga.

Si el período de las estadías no ha sido acordado por las partes, su duración dependerá de los usos del puerto. Para que comience la segunda etapa es además necesario que el buque se encuentre listo para recibir la carga y que el fletante le comunique este hecho al fletador. Esta comunicación está usualmente contenida en la denominada carta de alistamiento o *notice of readiness*.

Las estadías pueden fijarse en relación a determinados factores, por ejemplo, cuando se establece como ritmo de embarque 500 toneladas diarias por escotilla, en cuyo caso es necesario dividir la totalidad de la carga a embarcar entre el resultado de multiplicar la tasa diaria por el número de escotillas que tenga el buque. Si hay que embarcar 15 000 toneladas y el buque tiene seis escotillas, el período de las estadías será de cinco días. Como en esta etapa prevalecen las obligaciones del fletador y el riesgo de la demora recae principalmente en él, las estadías incluyen todos los días de la semana y corren sin interrupciones, salvo que las partes hubieran acordado en forma expresa excluir determinados días o eventos —condiciones adversas de clima, huelgas, etcétera— del cómputo de las estadías.

Si las estadías se agotan y las operaciones de embarque no han concluido, el fletador incurre en mora automática y durante el período de la demora no serán de aplicación las excepciones que se hubieran previsto para el cómputo de las estadías. De ahí la conocida expresión inglesa *once on demurrage always on demurrage*.

El fletador está obligado a indemnizar al fletante por los daños y perjuicios derivados de la detención del buque en exceso de las estadías, o al pago de las sobreestadías, si estas se hubieren convenido. Se entiende por sobreestadías la penalidad convenida por la demora incurrida en exceso de las estadías. Se trata en rigor de una cláusula penal, que usualmente se establece en una suma fija por cada día de demora a partir del momento en que las estadías expiran hasta que concluyan las operaciones de embarque.

Una vez que la segunda etapa ha concluido y que el buque se encuentra con la carga a bordo, se inicia la tercera etapa, que consiste en el viaje del transporte propiamente dicho desde el lugar de embarque hasta el lugar designado para la descarga. Para que concluya la tercera etapa y se inicie la cuarta y última, que consiste en las operaciones de descarga, el buque tendrá que llegar al puerto o a un muelle en el lugar de descarga, según se trate de un fletamento por viaje a puerto o a muelle. Los mismos principios que rigen para la primera y segunda etapas son de aplicación a la tercera y cuarta etapas.

4. PREGUNTAS

1. ¿Los contratos de fletamento que constan en pólizas tipo constituyen contratos por adhesión? Fundamente su respuesta.
2. ¿En cuál de las clases de contratos de fletamento el fletador es el armador del buque y por qué?
3. En un contrato de fletamento por viaje y a puerto, ¿cuándo puede considerarse que el buque ha arribado al lugar del embarque o de la descarga?

CAPÍTULO 6

CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

1. EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: FUNCIONES

Como ya lo hemos señalado, el artículo 666 del Código de Comercio dispone que si se recibe el cargamento sin haber firmado la póliza, el contrato se entenderá celebrado con arreglo a lo que resulte del conocimiento del único título en orden a la carga para fijar los derechos y obligaciones del naviero, del capitán y del fletador. Esto significa que el transporte marítimo de mercancías se realiza al amparo de conocimientos de embarque.

El conocimiento de embarque o *bill of lading* como se le conoce en el comercio internacional cumple tres funciones principales: (i) es un recibo de la entrega de las mercancías al porteador; (ii) es prueba de un contrato de transporte marítimo; y (iii) es un título valor.

1.1. Recibo de la entrega de las mercancías

Esta es la primera función que tuvo el conocimiento de embarque. Según el profesor John F. Wilson de la Universidad de Southampton (1993), se origina alrededor del siglo XIV como un recibo que emitía el transportista marítimo por la carga recibida de un comerciante que no intentaba viajar con sus mercancías. Hoy es un recibo de las mercancías que se han

embarcado a bordo del buque o de las mercancías que se han recibido para su embarque a bordo del buque, y en tal sentido, usualmente, contiene una descripción de las mercancías respecto de:

- i) Las marcas principales necesarias para la identificación de las mercancías, tal como las haya proporcionado por escrito el cargador;
- ii) El número de bultos o piezas, o la cantidad o peso según fuere el caso, tal como los haya proporcionado por escrito el cargador;
- iii) El estado y condición aparente de las mercancías.

La información que contiene el conocimiento de embarque respecto de la descripción de la carga tiene importantes efectos comerciales. Así, el transportista marítimo está obligado a entregar las mercancías en el puerto de descarga tal como se describen en el conocimiento de embarque, y dicha descripción sirve como base para que el receptor final pueda plantear su reclamo contra el transportista marítimo en el caso que haya un faltante a la descarga o que las mercancías se hayan entregado dañadas.

Por otro lado, si las mercancías han sido objeto de un contrato de compraventa internacional, lo cual es frecuente, el pago del precio se efectúa contra entrega de documentos, entre ellos el conocimiento de embarque, y si la descripción de las mercancías en el conocimiento de embarque no coincide con la descripción en la factura comercial, el comprador estará facultado para rechazar tales documentos.

De igual manera, los términos del contrato de compraventa internacional usualmente facultan al comprador o al banco que interviene en la carta de crédito a exigir que el vendedor presente un conocimiento de embarque «limpio» (*clean bill of lading*).

Conforme se ha visto anteriormente, el conocimiento de embarque, en cuanto describe las mercancías, se refiere también al estado y condición aparente de las mismas.

Es usual que el conocimiento de embarque exprese que las mercancías se embarcan a bordo del buque en «aparente buen estado y condición». En tal caso, estamos frente a lo que se conoce como un conocimiento de embarque «limpio» (*clean bill of lading*). Pero si en el conocimiento de embarque el transportista marítimo hace observaciones respecto del aparente estado y condición de las mercancías, entonces se dice que el conocimiento de embarque ha sido «manchado» (*dirty bill of lading*).

Cuando esto último ocurre, lo más probable es que el vendedor tenga problemas para cobrar la carta de crédito, ya que como se ha dicho anteriormente, el contrato de compraventa exigirá que el vendedor presente un conocimiento de embarque «limpio». Igualmente, un conocimiento de embarque «manchado» afectará la venta de las mercancías en tránsito, vale decir que afectará el carácter negociable del conocimiento de embarque.

Es fácil comprender que el cargador tratará de ejercer presión sobre el transportista marítimo para que le emita un conocimiento de embarque «limpio». En tales circunstancias, y considerando que al transportista le interesa mantener buenas relaciones comerciales con los cargadores, no es infrecuente que acceda a emitir el conocimiento de embarque sin observaciones, a cambio de que el cargador le proporcione una garantía frente a los posibles reclamos de los consignatarios o recibidores finales de las mercancías.

El problema con tales garantías es que pueden no tener validez en la medida en que hayan sido emitidas para defraudar a terceros. Sin embargo, si se otorgan de buena fe, como por ejemplo cuando el transportista tiene cierta duda sobre el «estado y condición aparente» de las mercancías, o cuando resulte discutible hacer observaciones al respecto, entonces podrán ser ejecutadas contra el cargador.

La descripción de la mercancía en relación al «aparente estado y condición» se refiere a la condición externa de las mercancías y no a su condición intrínseca, vale decir de lo que el transportista marítimo, por intermedio del capitán o de su agente, esté en condiciones de apreciar en base a una inspección razonable de la mercancía que recibe.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que la descripción en cuanto a la condición externa de las mercancías tiene hoy una aplicación muy limitada, por cuanto la mayoría de la carga se transporta en contenedores, de tal manera que la inspección resulta imposible en la medida en que el contenedor ha sido estibado por el embarcador o por un agente embarcador o *forwarding agent* y no por el transportista marítimo.

Por esta razón, el reglamento de contenedores aprobado por decreto supremo 09-95-EF dispone en el artículo 11° que los contenedores que ingresen al país portando mercancías deberán obligatoriamente venir con precintos de seguridad o sellados desde el país de origen, debiendo indicarse en el conocimiento de embarque, guía aérea o carta de porte, según corresponda, las marcas y números que permitan la identificación del contenedor, así como de los precintos o sellos de seguridad utilizados.

Además, en el artículo 12 señala que cuando los precintos o sellos de seguridad del país de origen evidenciaran signos de haber sido violentados o ingresen sin ellos, el contenedor deberá ser separado para que se realice un inventario. Así pues, en el caso de contenedores, es el precinto o sello de seguridad el que tiene relevancia.

Ahora bien, la información que contiene el conocimiento de embarque en cuanto a la descripción de la carga se refiere, parecería ser concluyente, de acuerdo con la ley peruana, tanto frente al cargador como frente al consignatario o endosatario del conocimiento de embarque, ya que el artículo 666 del Código de Comercio establece que el conocimiento de embarque es el único título, en orden a la carga, para fijar los derechos y obligaciones de las partes.

Cuando son de aplicación las Reglas de La Haya, a las que nos referiremos más adelante, estas disponen en el artículo 3.3, que se refiere a la descripción de las mercancías en el conocimiento de embarque según la información proporcionada por el cargador, que el transportista marítimo no está obligado a consignar en el conocimiento de embarque las marcas o número de bultos, cantidad o peso, que le haya proporcionado el cargador, si tiene fundado motivo para sospechar que no representan

con exactitud las mercancías que efectivamente ha recibido, o cuando no ha tenido medios razonables para su verificación.

Según dichas reglas, la información que contiene el conocimiento de embarque en cuanto a la descripción de la carga no es concluyente, sino que constituye prueba *prima facie* de que la carga ha sido embarcada tal como allí se describe, tanto frente al cargador como frente al consignatario o endosatario. Sin embargo, de acuerdo con las reglas Haya/Visby dicha información es prueba *prima facie* frente al cargador pero concluyente frente al tercero a quien se la ha transferido el conocimiento de embarque de buena fe, incluyendo al consignatario, de tal manera que frente a ellos no es admisible la prueba en contrario.

1.2. Prueba de un contrato de transporte marítimo

Esta es la segunda función del conocimiento de embarque y el Código de Comercio al disponer en el artículo 666 que si se recibe el cargamento sin haber firmado póliza, «el contrato se entenderá celebrado con arreglo a lo que resulte del conocimiento; único título, en orden a la carga, para fijar los derechos y obligaciones del naviero, del capitán y del fletador», lo que expresamente reconoce al conocimiento de embarque esta segunda función.

El transporte de mercancías bajo un conocimiento de embarque se utiliza en el transporte de carga diversa en el que se denomina tráfico de línea regular o *liner*, esto es, el tráfico sujeto a un itinerario. El transporte de carga a granel, sea líquida o sólida, por lo general se realiza bajo el régimen del contrato de fletamento por viaje. El transporte de carga diversa estibada en contenedores se transporta bajo el régimen de conocimientos de embarque.

Por otro lado, mientras los contratos de fletamento son contratos paritarios que se rigen por el principio de la libertad contractual, en el transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque los términos y condiciones del contrato que aparecen impresos en el reverso del conocimiento de embarque son redactados unilateralmente por el transportista,

lo que significa que estos contratos se celebran con sujeción a las denominadas cláusulas generales de contratación a las que se refieren los artículos 1392 y siguientes del Código Civil.

La ley de títulos valores en el artículo 247.1 literal «l» hace referencia a las cláusulas generales de contratación que contienen los conocimientos de embarque. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1398 del Código Civil, en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Por otra parte, en los contratos de transporte marítimo a granel es usual que en el anverso del conocimiento de embarque se incorporen determinadas cláusulas del contrato de fletamento celebrado entre el transportista y el fletador. Esa incorporación será válida frente a terceros, tales como el consignatario o el endosatario del conocimiento de embarque, en la medida en que la incorporación resulte clara y dichos terceros hayan tenido la oportunidad de conocer los términos y condiciones que se incorporan usando una diligencia ordinaria.

Las cláusulas generales de contratación, que contienen los conocimientos de embarque, están reguladas por los artículos 1392 al 1401 del Código Civil. Sin embargo, es necesario tener presente que no necesariamente resulta aplicable la ley peruana.

En la medida en que el transporte marítimo es principalmente un transporte internacional, es inevitable que se produzca una vinculación con ordenamientos jurídicos extranjeros y, en consecuencia, resultan de aplicación las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en el Libro X del Código Civil, que son imperativas.

La primera regla según el artículo 2047 es que el derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales

ratificados por el Perú que sean pertinentes. El Perú, mediante Resolución Suprema 687 de 16 de octubre de 1964, cuya traducción oficial se publicó en *El Peruano* el 19 de enero de 1965, ratificó el Convenio Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque, que fue firmada en Bruselas en 1924, y que se conocen como Reglas de la Haya. Según el artículo X, dicho convenio se aplica a los conocimientos de embarque que hayan sido emitidos en cualquiera de los países contratantes.

La segunda regla es que si no hay un tratado ratificado por el Perú se aplica la norma de conflicto contenida en el artículo 2095 del Código Civil, conforme a la cual las obligaciones contractuales se rigen: (i) por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, (ii) por la ley del lugar de su cumplimiento. Si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada esta, (iii) por la ley del lugar de celebración.

Como se entiende que el contrato de transporte es un contrato de resultado, se considera que si la descarga se efectúa en un puerto peruano la ley del lugar de su cumplimiento es la ley peruana, de tal manera que si no resultan de aplicación las Reglas de La Haya de 1924, ni hay una ley elegida por las partes, será de aplicación la ley peruana. Podrían también resultar aplicables las Reglas de La Haya/Visby de 1968 si en el conocimiento de embarque se indica de manera clara que esa es la ley que debe gobernar el contrato de transporte marítimo evidenciado en ese conocimiento de embarque.

Por regla general, el anverso de un conocimiento de embarque está dividido en tres secciones principales. En la primera se indican quiénes son las partes en el contrato de transporte marítimo, esto es, el nombre del transportista marítimo, el nombre del cargador (*shipper*), el nombre del consignatario (*consignee*), la indicación de si el conocimiento de embarque es «a la orden» o «no negociable», el nombre del buque, el puerto de embarque y el puerto de descarga. Esta es la información principal aun cuando puede contener otra.

COMPAÑÍA ANDINA DE TRANSPORTES S.A. Conocimiento de Embarque para transporte Puerto a Puerto		
Embarcador (nombre y dirección completos)		Reserva No. B/L No.
Consignatario (nombre y dirección completos)		Agente Embarcador – (nombre y dirección)
Notificar a (nombre y dirección completos)		Ruta doméstica / Instrucciones de exportación
Puerto de carga	Buque (viaje / trayecto)	
Puerto de descarga		

En la segunda sección se describen las mercancías que son objeto del transporte marítimo de acuerdo con la información proporcionada por el cargador o embarcador, y en la tercera se indica el costo del transporte, vale decir el flete marítimo y cualquier otro gasto adicional, así como la fecha en que se emite el conocimiento de embarque y la firma del capitán o del agente autorizado por el transportista marítimo.

Las partes en el conocimiento de embarque son:

- i) El porteador o transportista (*carrier*), que de acuerdo con las Reglas de La Haya incluye al propietario del buque o al fletador que celebra un contrato de transporte con un cargador. En efecto, el propietario del buque, que además es el armador o naviero de ese buque, puede celebrar el contrato de transporte marítimo de mercancías con un cargador. También el armador no propietario, vale decir el fletador a casco desnudo de ese buque, puede celebrar el contrato de transporte marítimo con un cargador. Y si el armador o naviero ha fletado el buque por tiempo y en consecuencia se ha desprendido de la gestión comercial de ese buque, será el fletador por tiempo quien celebre el contrato de transporte marítimo con el cargador.

- ii) El cargador o embarcador (*shipper*) es la persona que ha celebrado el contrato de transporte marítimo con el porteador o transportista. Cuando el embarcador es el fletador, el conocimiento de embarque ya no cumple la función de ser prueba del contrato de transporte marítimo. Su función se limita a ser un recibo de las mercancías embarcadas en el buque, y mantiene sí su condición de título valor, que es la tercera función que cumple el conocimiento de embarque. En este caso el contrato está contenido en la póliza de fletamento (*charterparty*), que es la que regula los derechos y obligaciones del transportista y del fletador por viaje.
- iii) El consignatario es la persona designada en el conocimiento de embarque a quien se le debe entregar las mercancías en el puerto o lugar de destino y que a falta de entrega o entrega defectuosa que no cumpla la descripción según el conocimiento de embarque, tiene el derecho de exigirle al transportista la indemnización correspondiente.

En tal sentido, debido a la condición de título valor que tiene el conocimiento de embarque el consignatario deviene en parte del contrato de transporte marítimo evidenciado en el conocimiento de embarque. Como bien dice el profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona Ignacio Arroyo:

El transporte marítimo en régimen de conocimiento tiene en realidad dos partes contractuales y la posición jurídica del destinatario es un efecto del aspecto documental; su legitimación, en virtud de la designación en el conocimiento de embarque, o de su condición de destinatario real o propietario de las mercancías, le faculta para exigir la entrega de éstas en destino y, en su defecto, para ejercer las acciones de responsabilidad que le competen contra el porteador (2001, p. 518).

La ley de títulos valores 27287, en los artículos 246 y 247, hace referencia a la segunda función del conocimiento de embarque como prueba de un contrato de transporte marítimo de mercancías.

1.3. Título valor

Es la tercera función importante que cumple el conocimiento de embarque. Puede ser nominativo, a la orden o al portador, y el cesionario o endosatario se subroga en los derechos y obligaciones del cedente o endosante. Como portador legítimo del conocimiento de embarque, tendrá el derecho de exigirle al transportista la entrega del cargamento, y en todo caso a reclamarle la indemnización por la falta de entrega o la entrega defectuosa de las mercancías.

Sin embargo, el artículo 248.1 de la ley de títulos valores dispone que si el endosante o cedente es el cargador, este seguirá siendo responsable por las obligaciones que le son inherentes de acuerdo a las disposiciones que rigen el contrato de transporte marítimo de mercancías. Así, por ejemplo, el cargador seguirá siendo responsable frente al transportista por el pago del flete si el consignatario no lo hace en destino, y por la información incorrecta que le haya proporcionado al transportista respecto de la descripción de las mercancías transportadas, y que haya ocasionado que el transportista incurra en responsabilidad frente al destinatario final.

En cuanto a la acción ejecutiva que el artículo 289.1 le confiere al tenedor legítimo del conocimiento de embarque para reclamar la entrega de las mercancías, debe entenderse que tal acción solo será procedente si las mercancías han arribado al puerto de destino y se encuentran en posesión del porteador. Si las mercancías se han perdido en tránsito, esta acción no procede, sino la acción para reclamar la indemnización que corresponda.

El conocimiento de embarque nominativo es aquel en el que se indica el nombre del destinatario de la carga y no contiene cláusula «a la orden». En rigor no es negociable, y equivale a un título valor a la orden al que se le haya insertado la cláusula «no negociable» a que se refiere el artículo 43 de la ley de títulos valores. El conocimiento de embarque nominativo

se transmite por cesión de derechos conforme lo dispone el artículo 29 y siguientes de la ley de títulos valores.

El conocimiento de embarque como título valor representa a las mercancías y, por consiguiente, puede ser negociado en tránsito de tal manera que el tenedor legítimo del conocimiento de embarque tiene el derecho a reclamar la entrega de las mercancías al transportista. De acuerdo con los artículos 900 y 903 del Código Civil, la posesión se adquiere por la tradición, y tratándose de artículos en viaje, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos.

Debe tenerse presente que la transferencia del conocimiento de embarque no transfiere necesariamente la propiedad de las mercancías sino el derecho a la entrega de la posesión de las mercancías, que es lo que en rigor interesa frente al transportista marítimo. Las partes en el contrato de compraventa pueden haber convenido la transferencia de la propiedad de una forma diferente, lo cual en todo caso resulta irrelevante para el transportista.

2. TRANSPORTE EN CONTENEDORES

En el transporte convencional la carga se transportaba fraccionada o en bultos en las bodegas del buque. Las mercancías eran manipuladas durante todo su trayecto. Eran embarcadas en un camión en el almacén del vendedor y transportadas por vía terrestre, que podía involucrar ferrocarril, al puerto más cercano. Allí se descargaban para llevarlas al costado del buque, luego se embarcaban en las bodegas del buque para su transporte al puerto de destino, donde se descargaban del buque para luego ser transportadas por vía terrestre al almacén del comprador. Si bien las mercancías contaban con embalaje, su constante manipuleo ocasionaba pérdidas y daños en las diversas etapas de su transporte.

El contenedor produce un cambio importante tanto respecto de la carga como del buque y puertos. Como lo explica Antonio Zuidwijk en su libro *Contenedores, buques y puertos, partes de un sistema de transporte*

(2011), el contenedor fue inventado por el camionero norteamericano Malcolm McLean, quien en 1956 construyó un tráiler del cual era posible separar el chasis del furgón (caja en la que se transporta la carga).

El tráiler se llenaba en la fábrica o depósito del cargador y se trasladaba al puerto de Newark, New Jersey, cerca de Nueva York, donde se separaba el chasis del furgón y los furgones se embarcaban en la cubierta de un buque petrolero convertido para tal efecto. En Houston se descargaba el furgón y se colocaba de nuevo sobre un chasis que lo llevaba al depósito o lugar de destino final donde la carga era descargada del tráiler. McLean expandió el servicio a otros puertos de los Estados Unidos.

Posteriormente, los contenedores se empezaron a utilizar no solo en el tráfico de cabotaje en Estados Unidos sino también en el transporte internacional a puertos de Europa y Japón. Hoy se ha extendido a casi todos los puertos del mundo y ha dado lugar a la aparición de buques portacontenedores que ya no tienen bodegas sino celdas donde se colocan los contenedores uno encima de otro. Los puertos también han tenido que adaptarse para embarcar y descargar contenedores mediante grúas especiales.

Como señala Antonio Zuidwijk (2011), el transporte de contenedores en la costa este de Estados Unidos se llamaba *House to House Container*, esto es, contenedor casa a casa; y en la costa oeste *Door to Door Container*, esto es, contenedor puerta a puerta. Esta descripción era correcta desde el punto de vista del contenedor. En efecto, el cargador o embarcador recibe un contenedor vacío y estiba y trinca las mercancías en el contenedor y luego lo cierra y le coloca un precinto de seguridad.

El cargador entrega ese contenedor al transportista marítimo, quien no puede abrirlo para inspeccionar su contenido ya que ello desvirtuaría el propósito del contenedor. Se tiene que limitar a colocar al contenedor otro precinto de seguridad y a describir en el conocimiento de embarque los datos que permitan identificar al contenedor y las mercancías que el cargador ha declarado que dicho contenedor contiene. En el puerto de descarga el contenedor se le entrega al consignatario o tenedor legítimo del

conocimiento de embarque, quien organiza su transporte hasta su depósito o almacén final. Como la apertura del contenedor para inspeccionar su contenido por parte de las autoridades aduaneras es aleatoria, la mayor parte de los contenedores recién se abren en su destino final. Esto significa que las mercancías viajan desde el almacén en el país del vendedor hasta el almacén en el país del comprador sin haber sido manipuladas, lo que explica que este viaje del contenedor se denomine *house to house* o *door to door*.

Posteriormente, en las conferencias de fletes de Asia y Europa en el transporte de contenedores se hizo énfasis en los términos de entrega y recepción del contenedor al transportista marítimo, y se acuñó la sigla FCL/FCL que es la abreviatura de *Full Container Load* que significa «contenedor completo». Al respecto, Antonio Zuidwijk nos dice:

En realidad, se debe entender el término como un *estado de entrega* (delivery status) o sea, que defina que el cargador entrega al armador un contenedor *entero o lleno*, que en destino se debe entregar al consignatario, en la misma condición. Esto se abrevia como FCL/FCL, en lugar de lo que inicialmente se denominaba H/H o D/D según su origen americano. Esta es la descripción del primer uso del contenedor que ha sido llenado por y bajo responsabilidad del cargador, y que debe ser vaciado por y bajo responsabilidad del consignatario, con un contrato de transporte que *cubre únicamente el trayecto marítimo*. Para este movimiento algunos usan todavía el término CASA A CASA, *que NO es correcto*; en realidad, se lo debe llamar FCL/FCL (2011, p. 15).

Ahora bien, no siempre un exportador tiene mercancías suficientes para llenar un contenedor. En tal caso, el exportador entrega sus mercancías al transportista marítimo y este consolida en un contenedor las mercancías de varios exportadores. Luego, en el puerto de destino, el transportista marítimo retira las mercancías del contenedor para entregarlas a diferentes consignatarios. En esta modalidad, el transportista marítimo es responsable del llenado y vaciado del contenedor y los gastos corren por su cuenta. Para describir a estos contenedores se utiliza la sigla LCL/LCL, que significa

Less than Container Load, cuya traducción al español es «carga parcial del contenedor».

El transporte en contenedores ha dado lugar a un importante desarrollo en el negocio de los denominados transitarios o agentes embarcadores, a los que se refiere el artículo 269 del Código de Comercio, y que en inglés se conocen como *forwarding agents*. Hoy los exportadores que no cuentan con carga suficiente para llenar un contenedor recurren a los agentes embarcadores y son ellos quienes consolidan en un contenedor la carga de diferentes exportadores.

Luego de llenar el contenedor, le colocan un precinto de seguridad y se lo entregan al transportista marítimo, actuando como si fueran el cargador o embarcador. El contenedor que entregan es FCL/FCL para el transportista marítimo, porque le han entregado un contenedor que ha sido llenado por el cargador. El transportista marítimo emite el conocimiento de embarque en el que aparece como embarcador (*shipper*) el agente embarcador y como consignatario un corresponsal del agente embarcador. Esto se conoce como conocimiento de embarque *master*.

En el puerto de destino el transportista marítimo le entrega el contenedor al consignatario (corresponsal de agente embarcador) y este lo abre y entrega las mercancías a los diferentes consignatarios. Es usual que el agente embarcador le entregue a cada uno de los diferentes exportadores un conocimiento de embarque de sus respectivas cargas. En esos conocimientos de embarque, que se conocen como conocimientos de embarque «hijos» o *house bill of lading*, figuran como embarcadores cada uno de los diferentes exportadores y como consignatarios los respectivos compradores en el puerto de destino. Frente a cada uno de los embarcadores y consignatarios, el contenedor que contiene sus mercancías es un contenedor LCL/LCL.

Ante los diferentes exportadores, el agente embarcador puede actuar como agente, vale decir que está actuando por cuenta de los exportadores pero en nombre propio, de tal manera que el agente embarcador queda obligado de modo directo con el transportista marítimo y este no tiene

acción contra los diferentes exportadores ni compradores, ni estos contra el transportista marítimo, en aplicación de los artículos 239 y 269 del Código de Comercio a los que ya hemos hecho referencia al ocuparnos de los agentes.

Sin embargo, suele también ocurrir que el agente embarcador no actúe como agente sino como transportista. En este caso, emite un conocimiento de embarque LCL/LCL que entrega a cada uno de los exportadores, en los que el agente embarcador aparece como transportista, los exportadores como cargadores y los respectivos compradores como consignatarios. Dicho agente a su vez contrata el transporte —en rigor, subcontrata— con un transportista marítimo, a quien entrega un contenedor FCL/FCL que él ha llenado, y el transportista marítimo le entrega un conocimiento de embarque en el que aparece como cargador el agente embarcador y como consignatario de ese contenedor un agente corresponsal del agente embarcador, que es a quien el transportista marítimo debe entregar el contenedor en el puerto de destino. Frente a sus clientes el agente embarcador es el transportista contractual.

No existe vinculación contractual entre el transportista marítimo y los diferentes exportadores y compradores, de acuerdo con el principio de la relatividad de los contratos contenido en el artículo 1363 del Código Civil y el artículo 666 del Código de Comercio, que se refiere al conocimiento de embarque como prueba del contrato de transporte marítimo.

Ahora bien, la expresión *house to house* o *door to door* que originalmente se usaba en el transporte de contenedores en los Estados Unidos, y que posteriormente ha dado lugar a la sigla «FCL/FCL», se refería y hoy también se refiere al contenedor y no al contrato. El transporte era segmentado, vale decir que en cada etapa del transporte de contenedores participaban distintos transportistas.

En la primera etapa, desde el almacén del exportador hasta el puerto de embarque, participaban transportistas terrestres que podían incluir un transporte por ferrocarril. En la segunda etapa, desde el puerto de embarque hasta el puerto de descarga, participaba un transportista

marítimo, y finalmente, desde el puerto de descarga hasta el almacén del importador participaba un transportista terrestre. Cada contrato se regía por sus propios términos y condiciones, independientemente de que el contenedor viajara «de casa a casa», esto es desde el almacén del exportador hasta el almacén del importador, sin ser abierto.

Sin embargo, la utilización de contenedores en el transporte de mercancías ha contribuido al desarrollo del denominado contrato de transporte intermodal o contrato de transporte multimodal, que es el transporte de mercancías por dos modos de transporte por lo menos, en virtud de un único contrato de transporte multimodal, desde un lugar en que el operador de transporte multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.

El transporte multimodal internacional está regulado en el Perú por la Decisión 331 de la Comunidad Andina del 4 de marzo de 1993, modificada por la Decisión 393 del 9 de julio de 1996. Dichas decisiones se aplican siempre que: (i) el lugar estipulado en el contrato de transporte multimodal en el que el operador de transporte multimodal haya de tomar las mercancías bajo su custodia esté situado en un país miembro; o (ii) el lugar estipulado en el contrato de transporte multimodal en el que el operador de transporte multimodal haya de hacer entrega de las mercancías que se encuentren bajo su custodia, esté situado en un país miembro. También se aplica a todos los operadores de transporte multimodal que operen entre países miembros o desde un país miembro hacia terceros países y viceversa.

Hoy los mayores operadores de transporte multimodal son los agentes embarcadores o *forwarding agents*. Las empresas navieras, que antes solo se dedicaban al transporte marítimo, ahora también participan en el transporte multimodal y para tal efecto han elaborado un conocimiento de embarque con la siguiente denominación: *Bill of lading for port to port and intermodal shipment*, esto es «conocimiento de embarque para transporte puerto a puerto e intermodal». La primera parte de este documento, además de consignar la información general que contiene un conocimiento

de embarque a la que nos hemos referido anteriormente, contiene casilleros adicionales en blanco con las indicaciones siguientes: *Precarriage by (mode)* (*) esto es: «Transporte anterior por (modo)»; *Place of Receipt by Precarrier* (*) «Lugar de recepción por el transportista anterior»; *Place of final delivery by Oncarrier* (*) «Lugar de entrega final por el transportista posterior».

Al final del conocimiento de embarque hay una nota que se refiere a la llamada y dice: (*) *Applicable only when used as Intermodal Bill of Lading*. Esto es: «(*) Solo es aplicable cuando es usado como conocimiento de embarque intermodal». Vale decir, cuando es usado como documento de transporte multimodal.

COMPAÑÍA ANDINA DE TRANSPORTES S.A. Conocimiento de Embarque para transporte puerto a puerto y embarque intermodal		
Embarcador (nombre y dirección completos)		Reserva No. B/L No.
Consignatario (nombre y dirección completos)		Agente embarcador – (nombre y dirección)
Notificar a (nombre y dirección completos)		Ruta doméstica / Instrucciones de exportación
Transporte previo (modo)(*)	Lugar de recepción por el transportista previo(*)	
Puerto de carga	Buque (viaje / trayecto)	
Puerto de descarga	Lugar de entrega final por el transportista posterior (*)	

(*) Aplicable solo cuando es usado como conocimiento de embarque intermodal

Lo anterior significa que en el transporte de contenedores las empresas navieras no siempre participan como operadores de transporte multimodal. Actuarán como tales en los casos siguientes: (i) si efectúan el transporte

terrestre desde el almacén del exportador hasta el puerto de embarque y el transporte marítimo desde el puerto de embarque hasta el puerto de descarga; (ii) si efectúan el transporte marítimo desde el puerto de embarque hasta el puerto de descarga y además el transporte terrestre desde el puerto de descarga hasta el almacén del consignatario; y finalmente (iii), si efectúan todas las etapas del transporte, vale decir el transporte terrestre desde el almacén del exportador hasta el puerto de embarque, el transporte marítimo desde el puerto de embarque hasta el puerto de descarga, y el transporte terrestre desde el puerto de descarga hasta el almacén del consignatario.

En todos estos casos se llenarán los casilleros que correspondan y el documento constituirá un conocimiento de embarque intermodal, vale decir un documento de transporte multimodal. Lo usual en tales casos es que además del flete marítimo se consigne el monto que corresponde al transporte terrestre. La empresa naviera actuará como transportista marítimo si solo se compromete a realizar el transporte marítimo de contenedores desde el puerto de embarque hasta el puerto de descarga, aun cuando en el conocimiento de embarque se indique que los contenedores son FCL/FCL.

Al respecto, el profesor de la Universidad de McGill, William Tetley, en su *Glosario de términos de derecho marítimo* expresa: «F.C.L.- (Full container load). Here the shipper usually packs its goods in the container and seals it [...]» (2001, p. 63) (F.C.L.- Contenedor totalmente lleno). Aquí el cargador usualmente empaca sus mercancías en el contenedor y lo sella.

Como ya se ha dicho, este término solo indica que el transportista marítimo ha recibido un contenedor que ha sido llenado por el cargador. No tiene nada que ver con la modalidad de transporte que se ha comprometido a efectuar el transportista marítimo. Es importante tener presente que el artículo 632 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 631 que dispone que el naviero responde del cargamento desde que lo recibe en el puerto de embarque hasta que lo entrega en el puerto de descarga, salvo que expresamente se haya pactado otra cosa.

Esto es, que expresamente se haya pactado extender la responsabilidad del transportista marítimo más allá de etapa marítima.

En consecuencia, para establecer si el transportista se comprometió a efectuar un transporte marítimo o si se comprometió a efectuar un transporte multimodal, resulta obvio que lo que se debe hacer es revisar el contrato. Solo de esa manera se podrá determinar con certeza qué modalidad de transporte se comprometió a efectuar el transportista.

Errada jurisprudencia de la Corte Suprema

Lamentablemente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la Casación 1703-2010 de fecha 12 de mayo de 2011 hace una interpretación totalmente equivocada del transporte de contenedores.

Según el conocimiento de embarque se trataba de un transporte marítimo desde un puerto extranjero hasta el puerto del Callao. Con posterioridad a la descarga del buque y cuando el contenedor era transportado en camión al almacén del consignatario, se produce la pérdida de las mercancías. El juez del Callao y la Corte Superior del Callao declaran infundada la demanda porque consideran, correctamente, que la pérdida se había producido fuera del periodo de responsabilidad del transportista marítimo que el artículo 632 del Código de Comercio establece, y que no se había probado la existencia de un pacto en contrario. La Corte Suprema presta oídos al demandante y declara fundado el recurso de casación. Argumenta que:

[...] al expedirse la sentencia de vista por la Sala Superior, se ha interpretado indebidamente el citado artículo 632° del Código de Comercio, incurriendo en infracción de norma sustantiva, al no haberse analizado la evolución en la doctrina y la jurisprudencia comparada, al sostener que las siglas FCL /FCL estipuladas en el conocimiento de embarque, no hacen que la obligación de custodia de la carga por el porteador, se extienda hasta el almacén del consignatario, *cuando precisamente la referida sigla FCL/FCL que se consigna en el conocimiento de embarque, significa que la custodia*

de la carga por el transportista marítimo, se extiende hasta su entrega en el almacén del consignatario, es decir, comprende el transporte multimodal o intermodal que se utiliza en el transporte de contenedores, en este caso por vía marítima, constituyendo una nueva cláusula contractual que conlleva la existencia de nuevas modalidades operativas, «puerta a puerta» o «house to house», las mismas que han superado el antiguo sistema [...] (el énfasis es nuestro).

En la casación que comentamos, la Corte Suprema cita en apoyo de su tesis a Jaime Rodrigo de Larrucea, a quien llama *iusmaritimista*, en su obra *Cláusulas contractuales de carga y descarga*, que dice al respecto:

FCL (Full container load). La cláusula Full Container Load (FCL) inserta en un conocimiento de embarque suele ser bastante habitual y nos indica que se trata de un transporte de puerta a puerta (house to house) y quienes han sido los distintos agentes que intervienen en el transporte, los responsables de la carga o consolidación de la mercancía dentro del contenedor. En este sentido cuando nos hallemos con esta cláusula entenderemos que el contenedor ha sido llenado / consolidado en el domicilio del cliente, es decir, el contenedor es retirado del depósito por el exportador o fabricante, el cual realiza la estiba de las mercancías por su cuenta y riesgo, entregando el contenedor cerrado y generalmente precintado al transportista quien lo entregará al receptor que será el encargado final de desconsolidar la mercancía en su propio almacén.

Este autor cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 29 de junio de 2001, a la que califica de jurisprudencia menor, que sobre el particular dice:

Del conocimiento de embarque es trascendental la cláusula FCL/ FCL, contenida en el mismo, *full container load*, significando que el transporte lo es «de puerta a puerta» (*house to house*), con obligación del naviero de entregar en el almacén del destinatario el contenedor en el que se encuentra la mercancía.

En línea con lo anterior existe una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de octubre de 2009 que expresa:

Es más, las siglas «FCL» no se refieren al precio sino al régimen de responsabilidad del transporte, al respecto SAP Pontevedra Sección 1ª 27 de marzo 2008, recurso 901/2007 «Y ello en razón a que el transporte fue pactado en condiciones FCL/FCL, contenedor cargado lleno, término éste que viene a suponer que el transporte lo es de puerta a puerta, con entrega del contenedor con el mismo precinto con el que se entregó desde las dependencias del cargador, quién se compromete a cargar y trincar la mercancía de los contenedores que se le facilitan por la naviera, lo que conlleva que esa carga sea de su entera responsabilidad. De tal modo que el porteador nada tiene que revisar del contenido del contenedor ni la precisa y segura distribución de las mercancías dentro del mismo» y SAP Las Palmas Sección 3ª 20 de abril de 2005 recurso 517/2003 «Como dato previo ha de consignarse que en el conocimiento de embarque se consigna como tipo de movimiento la de FCL/FCL». Esta cláusula ha sido interpretada por distintas resoluciones en el sentido de ser un transporte de puerta a puerta, así por la Audiencia de Vizcaya, 29 de junio 2001, «Del conocimiento de embarque es trascendental la cláusula FCL/FCL, contenida en el mismo, full container load, significando que el transporte lo es “de puerta a puerta” (house to house), con obligación del naviero de entregar en el almacén del destinatario el contenedor en el que se encuentra la mercancía»; de Cantabria de 10 de julio de 2000 «Se pactó con la cláusula FCL/FCL, que según el propio demandante significa que, la mercancía se transporta desde los almacenes del embarcador en origen hasta los almacenes del receptor en destino». De ello se deduce que la obligación del transportista era transportar el contenedor a que se refieren las actuaciones hasta la entrega al destinatario, en el almacén del receptor.

Como se puede advertir, existe una confusión entre el contenedor y el contrato. Como ya lo hemos visto, al inicio del transporte de contenedores se utilizaba la expresión *house to house* o *door to door* para describir el viaje

del contenedor sin ser abierto desde que salía del almacén del exportador hasta que llegaba al almacén del consignatario, y posteriormente fue reemplazada por la expresión *full container load* cuya sigla es FCL. Pero nunca se consideró que esa expresión significaba que el transporte era multimodal y que estaba a cargo de un operador de transporte multimodal.

La Sala Permanente de la Corte Suprema en la resolución que comentamos, reconoce que FCL es una sigla. De acuerdo con el diccionario de la Real Academia sigla es la abreviación gráfica formada por el conjunto de letras iniciales de una expresión compleja. Cita como ejemplo ONU, por Organización de las Naciones Unidas, OVNI por objeto volador no identificado. Podemos citar FAP por Fuerza Aérea Peruana. No alcanzamos a comprender cómo para la Corte Suprema FCL puede significar: «transporte multimodal o intermodal utilizado en el transporte de contenedores que conlleva la modalidad operativa “puerta a puerta” o *house to house* en que la custodia de la carga por el transportista marítimo, se extiende hasta su entrega en el almacén del consignatario». Qué sigla es esa que no contiene las letras iniciales de una expresión tan compleja.

Si fuera cierto lo que dice la Corte Suprema, resultaría inexplicable que una persona que gozaba de gran prestigio en la comunidad marítima internacional como el profesor William Tetley (2001) no se hubiera dado cuenta de ese significado tan importante que la jurisprudencia menor española (audiencias de Vizcaya y Madrid), y nuestra jurisprudencia mayor le atribuye a dicha sigla. Como ya se ha visto, en su glosario se limita a señalar que FCL es la sigla, esto es la abreviación gráfica formada por las letras iniciales de la expresión *full container load* (contenedor totalmente lleno), y brevemente explica: «aquí el cargador usualmente empaqueta sus mercancías en el contenedor y lo sella».

Cuando en el conocimiento de embarque se indica FCL/FCL, lo único que ello significa es que al transportista marítimo le han entregado un contenedor llenado y sellado por el cargador y que él debe entregar al consignatario en el puerto de destino ese contenedor en el mismo estado

en que lo recibió. Si el transportista marítimo desea efectuar un transporte multimodal, deberá negociarlo con el cargador y estipularlo en el contrato señalando qué etapas del transporte terrestre se ha comprometido efectuar además del transporte marítimo.

Lamentablemente, la salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema han persistido en el error. Conocemos un caso en el que el camión que transportaba al contenedor desde el depósito aduanero hasta el almacén del consignatario fue objeto de un asalto y robo de la carga estibada en el contenedor. Se demandó al transportista marítimo no obstante que este solo se había obligado a efectuar el transporte marítimo, porque el conocimiento de embarque contenía la sigla FCL, y no obstante que el transportista demandado logró probar que el transporte terrestre había sido contratado y pagado por el consignatario, la Sala Transitoria de la Corte Suprema declaró improcedente la casación alegando que el término FCL ya había sido correctamente interpretado por dicha corte.

Es decir, las dos salas de la Corte Suprema han elevado a la categoría de dogma el errado significado que le han atribuido a la sigla FCL. Esto ha causado sorpresa y malestar en la comunidad marítima internacional. Como esta errada jurisprudencia no constituye doctrina jurisprudencial, no es obligatoria para los diferentes órganos jurisdiccionales, incluyendo a la propia Corte Suprema. Sin embargo, dicha jurisprudencia influye negativamente en sus decisiones, por lo que confiamos que la Corte Suprema enmiende pronto el error.

3. CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR MAR

El transporte marítimo es principalmente internacional y como tal se vincula con ordenamientos jurídicos extranjeros. En este sentido ha sido preocupación de la comunidad marítima lograr la uniformidad en el régimen legal que regula el transporte marítimo de mercancías. En la actualidad se encuentran vigentes tres convenios internacionales:

el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque de 1924, que se conoce como Reglas de La Haya; el Protocolo de 1968 que modifica las Reglas de La Haya y que se conoce como Reglas Haya-Visby, y el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte de Mercancías por Mar de 1978, que se conoce como Reglas de Hamburgo.

3.1. Reglas de La Haya

El Perú depositó el instrumento de adhesión a las Reglas de La Haya el 29 de octubre de 1964 y, por consiguiente, este convenio entró en vigencia para el Perú a partir del 29 de abril de 1965. Internamente fue aprobado por Resolución Suprema 687 del 16 de octubre de 1964. Sin embargo, el texto del convenio como anexo de dicha Resolución Suprema se publicó el 19 de enero de 1965.

Se ha dicho que la aprobación de este convenio fue defectuosa, ya que se requería una ley del Congreso. Esto es un error, por cuanto se debe tener en cuenta que las Reglas de la Haya fueron aprobadas cuando estaba en vigencia la Constitución de 1933, cuyo artículo 154 inciso 20 facultaba al Presidente de la República a celebrar convenios internacionales, siempre y cuando contara con la aprobación del Consejo de Ministros y se sometiera a conocimiento del Congreso. La Resolución Suprema que comentamos fue aprobada por el Consejo de Ministros y sometida a conocimiento del Congreso, por lo que no adolece de ninguna anomalía. El Perú es parte del régimen de las Reglas de La Haya.

Las Reglas de La Haya solo se aplican cuando el transporte se realiza entre dos estados diferentes, y siempre y cuando el conocimiento de embarque haya sido emitido en un Estado contratante, vale decir en un Estado que sea parte de las Reglas de la Haya. Además, se aplican únicamente cuando el contrato de transporte consta en un conocimiento de embarque, sea este nominativo, al portador o la orden. No se aplican a los contratos de fletamento ni a los conocimientos de embarque

emitidos al amparo de contratos de fletamento, en la medida en que tales conocimientos de embarque permanezcan en poder del fletador.

En tal caso, el conocimiento de embarque se limita a su función de recibo de las mercancías embarcadas en el buque. Las reglas de La Haya solo se aplican al período comprendido entre el embarque y la descarga, lo que en el lenguaje naviero se conoce como responsabilidad de «gancho a gancho», de tal manera que si la pérdida o el daño de las mercancías, se produce mientras estas se encuentran bajo la custodia del porteador pero fuera del período mencionado, el porteador no puede invocar las exoneraciones y límites de responsabilidad previstos en las reglas de La Haya, y su responsabilidad será determinada de acuerdo con la ley que resulte aplicable.

Las Reglas de La Haya tratan de establecer un balance entre las obligaciones de los intereses de la carga y el transportista o porteador marítimo. La responsabilidad del porteador marítimo bajo el régimen de las Reglas de La Haya se basa en la presunción de culpa. Sin embargo, este convenio refleja su concepción anglosajona, y como bien lo señala Ignacio Arroyo, responde «[...] a una sistemática ajena a nuestra mentalidad civilista tradicional. En la redacción del Convenio de Bruselas de 1924 tuvo una influencia decisiva la técnica del *common law* [...]» (2001, p. 537). Así, en el artículo III,1¹, le impone al porteador la obligación de ejercitar la debida diligencia, antes y al comienzo del viaje, para poner el buque en estado de navegabilidad, tripular, equipar y aprovisionar el buque convenientemente, y poner la bodegas, cámaras frías y frigoríficas, y los demás espacios del buque en los que se transporten mercancías, aptos y seguros para su recepción, transporte y conservación.

¹ El idioma oficial de las Reglas de La Haya es el francés. La versión en español la tomamos de González Lebrero (1979, pp. 707-711): Art. III,1: «Antes y al principio del viaje, el transportador deberá cuidar debidamente de: a) poner el buque en estado de navegabilidad; b) tripular, equipar y abastecer debidamente al buque; c) preparar y poner en buen estado las bodegas, las cámaras frías y frigoríficas y demás partes del buque en las que se cargan mercaderías de suerte que sean aptas para su recibo, transporte y conservación».

Luego, en el artículo IV,1², con una redacción un tanto enrevesada, dispone que el porteador es responsable de los daños resultantes de la falta de condiciones de navegabilidad del buque, a menos que él pruebe que ha ejercitado la debida diligencia para poner el buque en estado de navegabilidad de acuerdo con la norma del artículo III,1.

Y, en el artículo IV,2,(q)³, establece el precepto general al señalar que el porteador no es responsable de la pérdida o daños que resulten sin que haya mediado culpa del porteador o de sus dependientes o agentes, pero que la carga de probar la ausencia de culpa recae en el porteador. Respondiendo a la técnica anglosajona, en los literales IV,2,(a) a IV,2,(p)⁴ consignan lo

² Art. IV,1: «Ni el transportador ni el buque serán responsables de las pérdidas o daños provenientes o resultantes del estado de la innavegabilidad, a no ser que sea imputable a una falta de cuidado razonable por parte del transportador al poner al buque en estado de navegabilidad o al dotarlo de tripulación, equipo o abastecimiento convenientes, o al preparar y poner en buen estado las bodegas, cámaras frías y frigoríficas y demás partes del buque en las que se cargan mercaderías de suerte que sean aptas para el recibo, el transporte y la preservación de las mercaderías, todo de conformidad con las prescripciones del art. 3, parágrafo 1. Cada vez que una pérdida o daño haya resultado de la innavegabilidad, la prueba de que se ha ejercido cuidado razonable recaerá sobre el transportador o sobre cualquier otra persona que quiera hacer valer las exenciones previstas en este artículo».

³ Art. IV,2: «Ni el transportador ni el buque serán responsables por pérdida o daño resultantes o provenientes de: q) cualquier otra causa que no provenga de un acto o de culpa del transportador o de un acto o de culpa de los agentes o empleados del transportador, pero la prueba incumbirá a la persona que reclame el beneficio de esta excepción, quien deberá comprobar que ni la culpa personal ni el acto del transportador ni la culpa o el acto de los agentes o empleados del transportador han contribuido a la pérdida o al daño».

⁴ Art. IV, 2: «Ni el transportador ni el buque serán responsables por pérdida o daño resultantes o provenientes de: a) acciones, negligencia u omisión del capitán, marino práctico o empleados del transportador en la navegación o en el manejo técnico del buque; b) un incendio, a no ser que sea causado por la acción u omisión del transportador; c) riesgos, peligros o accidentes del mar o de otras aguas navegables; d) un 'acto de Dios'; e) hechos de guerra; f) hecho de enemigos públicos; g) un decreto o imposición de príncipe, autoridades o pueblo, o de un embargo judicial; h) una restricción de cuarentena; i) una acción u omisión del cargador o propietario de las mercaderías, de su agente o representante; j) huelgas o *lock-outs*, o de paros o trabas puestas al trabajo por

que se ha denominado un catálogo de excepciones de responsabilidad del porteador, y que salvo los previstos en los literales IV,2(a) y IV,2,(b), se refieren a eventos de caso fortuito o fuerza mayor o a eventos de ausencia de culpa del porteador o sus dependientes. El literal IV,2,(a) establece la exoneración de responsabilidad del porteador por la culpa del capitán, tripulación, práctico, y dependientes del porteador, en la navegación o en la administración (*management*) del buque. La culpa en la navegación se conoce como culpa náutica. La culpa en la administración (*management*) es un concepto impreciso que ha dado lugar a mucha controversia. El literal IV,2,(b) dispone que el porteador no es responsable por daños causados por incendio, a no ser que este haya sido ocasionado por hecho o culpa del porteador. La culpa debe ser del propio porteador o de su áter ego, y no la culpa de sus dependientes. En este caso, la culpa del porteador no se presume.

Como ya lo hemos dicho, al ocuparnos de la función de recibo de la entrega de las mercancías al porteador que tiene el conocimiento de embarque, las Reglas de La Haya establecen que la información contenida en el conocimiento de embarque en relación con la descripción de la carga crea una presunción *iuris tantum* en contra del transportista o porteador marítimo, y esta presunción también opera respecto del consignatario o tercero endosatario del conocimiento de embarque.

El artículo III inciso 5 dispone que el cargador ha garantizado al transportista en el momento del embarque la exactitud de la descripción de las mercancías en cuanto a las marcas para su identificación, su número, cantidad o peso, tal como él las ha proporcionado, y que indemnizará al porteador por todas las pérdidas, daños y gastos resultantes

cualesquier causa que sea, parcial o completamente; k) motines o tumultos civiles; l) un salvamento o tentativa de salvamento de vidas o de bienes en el mar; m) la merma en volumen o en peso o de cualquier otra pérdida o daño resultante de un defecto oculto, o de la naturaleza especial o defecto propio de las mercaderías; n) una insuficiencia de embalaje; o) una insuficiencia o imperfección de marcas; p) defectos ocultos que escapan a una vigilancia razonable».

de las inexactitudes respecto de dicha información. Esta norma guarda plena concordancia con lo prescrito en el artículo 248.1 de la ley de títulos valores, que dispone que el cargador seguirá siendo responsable por las obligaciones que le son inherentes de acuerdo a las disposiciones que rigen el contrato de transporte marítimo de mercancías.

Por otro lado, el hecho de retirar las mercancías en el puerto de descarga por la persona que tiene derecho a su recepción crea una presunción *iuris tantum* de que las mercancías han sido entregadas en el mismo estado en que se describen en el conocimiento de embarque, a menos que antes o en el momento de retirar las mercancías se dé aviso por escrito al porteador o a su agente de las pérdidas o daños sufridos por las mercancías. Si las pérdidas o daños no son aparentes, el aviso deberá darse dentro de los tres días siguientes a la entrega, salvo que se haya efectuado una revisión conjunta o inspección en el momento de su recibo.

Finalmente, el plazo de prescripción para reclamar por las pérdidas o daños que sufran las mercancías es de un año a partir de la fecha de entrega de las mercancías o la fecha en que estas hubieran debido ser entregadas. Este plazo coincide con el plazo de prescripción del Código de Comercio, que en su artículo 963 dispone «Prescribirán al año: 2º) Las acciones sobre entrega del cargamento en los transportes terrestres o marítimos, o sobre indemnización por sus retrasos y daños sufridos en los objetos transportados; contado el plazo de prescripción, desde el día de la entrega del cargamento en el lugar de su destino, o del en que debía verificarse según las condiciones de su transporte [...]».

Las Reglas de La Haya establecen en el artículo IV inciso 5 que la responsabilidad del porteador está limitada a cien libras esterlinas valor oro por bulto o unidad, o el equivalente de esta suma en otra moneda, a menos que el cargador haya declarado la naturaleza y el valor de las mercancías antes de su embarque, y que esta declaración se haya insertado en el conocimiento de embarque.

En el artículo IX dispone que las unidades monetarias de que trata el convenio se entienden en valor oro y que los Estados contratantes en

los que la libra esterlina no se usa como unidad monetaria se reservan el derecho de convertir en cifras redondas de su sistema monetario, las cantidades que el convenio indica en libras esterlinas. Muchos países lo hicieron. Estados Unidos fijó el límite en 500 dólares americanos por bulto o unidad. El Perú no lo ha hecho y por consiguiente, en nuestra opinión, el límite es de 100 libras esterlinas valor oro.

Conforme se infiere del artículo III inciso 8 las Reglas de La Haya proveen un marco básico pero imperativo que regula el contrato de transporte por mar al disponer que toda cláusula, convenio o acuerdo en un contrato de transporte que exonere al transportista o al buque de responsabilidad por pérdida o daño ocasionado a las mercancías, y que provenga de negligencia, falta o incumplimiento de los deberes u obligaciones establecidos en este artículo, o que atenúe esa responsabilidad en forma distinta a la prescrita en dicha convención, será nula y no tendrá efecto.

3.2. Reglas Haya/Visby

Las Reglas de La Haya fueron modificadas mediante el Protocolo de Bruselas de 1968, que dio lugar a las llamadas Reglas Haya-Visby. Se mantuvo el esquema fundamental de las Reglas de La Haya y no se hicieron modificaciones sustanciales. Se amplió el ámbito de aplicación a todo conocimiento de embarque relativo al transporte de mercancías entre puertos de dos Estados diferentes cuando: (i) el conocimiento de embarque haya sido emitido en un Estado contratante; (ii) el transporte se realice desde un puerto de un Estado contratante; o (iii) el conocimiento de embarque estipule que el contrato será gobernado por las Reglas Haya-Visby o por la legislación de cualquier Estado que les den efecto, sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, del cargador, del consignatario o de cualquier otro interesado.

Quando se aprobaron las Reglas de la Haya no existían los contenedores. Cuando estos aparecen existía cierta duda respecto a qué debía entenderse por bulto o unidad para efectos de limitar la responsabilidad del porteador.

Las Reglas Haya-Visby aclaran que cuando se utilicen para agrupar mercancías un contenedor, una paleta o cualquier otro medio de transporte similar, todo bulto o unidad mencionado en el conocimiento de embarque como incluido dentro de tal medio de transporte, se considerara como un bulto o unidad para tales efectos. Fuera de este caso, tal medio de transporte será considerado como el bulto o unidad. Así, cuando en el conocimiento de embarque se indique «un contenedor que dice contener cien cajas con sacos de cuero» se entenderá que cada una de las cien cajas es un bulto o unidad para efectos de aplicar el límite de responsabilidad. Si el cargador simplemente ha descrito en el conocimiento de embarque «un contenedor con sacos de cuero», se entenderá que se trata de un solo bulto o unidad.

Según las Reglas Haya-Visby, la descripción de la carga contenida en el conocimiento de embarque, es *iuris tantum* en la relación entre cargador y porteador, pero no admite prueba en contrario. Vale decir que la presunción es *iuris et de iure* cuando el conocimiento ha sido transferido de buena fe a favor de un tercero, incluyendo al consignatario. Se abandona la libra esterlina valor oro como unidad de cuenta para fijar los límites de responsabilidad en favor del franco *Poincaré*, con la finalidad de mantener una unidad que mantenga su valor en períodos de inflación. En este sentido, se fija el límite de responsabilidad en diez mil francos por bulto o unidad, pero se introduce una fórmula alternativa de treinta francos por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, aplicándose el límite que resulte más elevado. Por franco se debe entender una unidad consistente en 65,5 miligramos de oro de 900 milésimas.

El franco *Poincaré* tampoco resulto ser una unidad de cuenta estable en la medida en que estaba vinculada al oro y este está sujeto a la volatilidad del mercado. Por tal razón, y para estar en línea con las convenciones modernas, en 1979 se aprobó en Bruselas un Protocolo de enmienda a las Reglas Haya-Visby. Este Protocolo reemplaza el franco *Poincaré* por el Derecho Especial de Giro DEG tal como es definido por el Fondo Monetario Internacional, que se basa en una canasta de monedas. Dicho Protocolo fija el límite en 666,67 unidades de cuenta por bulto o unidad

o a dos unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, aplicándose el límite que resulte más elevado. En la fecha 666,67 DEG equivalen a US\$ 937,80 por bulto o unidad y 2 DEG a US\$ 2,813 por kilo de peso bruto.

El Perú no es parte a las Reglas Haya-Visby ni del Protocolo de Bruselas de 1979.

3.3. Reglas de Hamburgo

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978, que se conoce como Reglas de Hamburgo, tiene un ámbito de aplicación más amplio que el sistema de las Reglas de la Haya y Haya-Visby. Se aplica a todos los contratos de transporte marítimo entre dos Estados diferentes, siempre que: (i) el puerto de carga previsto en el contrato de transporte marítimo esté situado en un Estado contratante; (ii) el puerto de descarga previsto en el contrato de transporte marítimo esté situado en un Estado contratante; (iii) uno de los puertos facultativos de descarga previstos en el contrato de transporte marítimo sea el puerto efectivo de descarga y ese puerto este situado en un Estado contratante; (iv) el conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato marítimo se emita en un Estado contratante; o (v) el conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato de transporte marítimo estipule que el contrato se regirá por las Reglas de Hamburgo o legislación que les dé efecto.

Como ya se ha visto, las Reglas de la Haya y Haya-Visby solo se aplican a los contratos de transporte marítimo de mercancías que consten en conocimientos de embarque, mientras que las Reglas de Hamburgo extienden su aplicación a todo contrato de transporte marítimo de mercancías que conste en un conocimiento de embarque o en cualquier otro documento, como puede ser un *waybill* o «carta de porte marítimo» ya que dichas reglas entienden por contrato de transporte marítimo a todo contrato en virtud del cual el porteador se compromete, contra el pago de un flete, a transportar mercancías por mar de un puerto a otro.

Sin embargo, al igual que las Reglas de la Haya y Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo no se aplican a los contratos de fletamento, por cuanto, como se ha visto, estos son contratos paritarios, pero cuando se emita un conocimiento de embarque u otro documento de transporte en cumplimiento de un contrato de fletamento, la Reglas de Hamburgo serán de aplicación si el conocimiento de embarque o documento de transporte regula la relación entre el porteador y el tenedor del documento que no sea el fletador. En la medida en que el conocimiento de embarque permanezca en poder del fletador, el conocimiento de embarque se limita a su función de recibo de las mercancías embarcadas en el buque. Al igual que las Reglas Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo establecen que la descripción de la carga contenida en el conocimiento de embarque es *iuris tantum* en la relación entre cargador y porteador, pero no admite prueba en contrario, vale decir que la presunción es *iuris et de iure*, cuando el conocimiento ha sido transferido de buena fe a favor de un tercero, incluyendo al consignatario.

Las Reglas de la Haya y Haya-Visby solo se aplican al período comprendido entre el embarque y la descarga, lo que se conoce como responsabilidad de «gancho a gancho». Las Reglas de Hamburgo extienden la responsabilidad del porteador al período durante el cual este recibe las mercancías del cargador, de una autoridad u otro tercero, hasta que las entregue poniéndolas en poder o a disposición del consignatario, o poniéndolas en poder de una autoridad u otro tercero a quienes, según las leyes o reglamentos aplicables en el puerto de descarga, hayan de entregarse las mercancías.

A diferencia de las Reglas de la Haya, las Reglas de Hamburgo responden a una mentalidad civilista y no a la técnica del *common law*. El artículo 5.1, que trata del fundamento de la responsabilidad, dispone: «El porteador será responsable de los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en la entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia en el sentido del artículo 4, a menos que pruebe que

él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias». Es decir que la responsabilidad del porteador marítimo se basa en la presunción de culpa. Existe sin embargo una excepción, que es la relativa al incendio, caso en el cual la culpa del porteador no se presume. Al respecto, el artículo 5,4,a) señala: *«El porteador será responsable i) de la pérdida o el daño de las mercancías, o del retraso en la entrega, causados por incendio, si el demandante prueba que el incendio se produjo por culpa o negligencia del porteador, sus empleados o agentes».* Como no era de sorprender, este precepto general que establece la responsabilidad del porteador, causó desconcierto en las delegaciones de los países anglosajones que asistieron a la Conferencia de Hamburgo, quienes expresaron sus temores de que esta norma pudiera ser interpretada en el sentido de que la responsabilidad del porteador era una responsabilidad objetiva. Para dar tranquilidad a dichas delegaciones, la Conferencia acordó incluir como Anexo II del convenio lo que se denominó «Consenso de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías», y que establece lo siguiente: *«Queda entendido que la responsabilidad del porteador en virtud del presente convenio se basa en la presunción de culpa o negligencia. Esto significa que, por regla general, la carga de la prueba recae en el porteador; pero que, en ciertos casos, las disposiciones del convenio modifican esa regla».*

Siguiendo a las convenciones modernas, las Reglas de Hamburgo adoptan como unidad de cuenta el Derecho Especial de Giro (DEG) tal como es definido por el Fondo Monetario Internacional, y fijan el límite de responsabilidad del porteador marítimo en una suma equivalente a 835 unidades de cuenta por bulto o unidad de carga transportada, o a 2,5 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, si esta cantidad es mayor. En la fecha 835 DEG equivalen a US\$ 1173 por bulto o unidad y 2,5 DEG a US\$ 3,51 por kilo de peso bruto.

En el caso de retraso en la entrega de las mercancías la responsabilidad del porteador se limita a una suma equivalente a dos veces y media el flete

que deba pagarse por las mercancías que hayan sufrido retraso, pero no excederá de la cuantía total del flete que deba pagarse en virtud del contrato de transporte marítimo de mercancías. El límite por retraso en la entrega de las mercancías no está previsto en la Reglas de la Haya ni Haya-Visby. En el caso del transporte de contenedores, las Reglas de Hamburgo tienen una regla similar a la de las Reglas Haya-Visby respecto a lo que debe entenderse por bulto o unidad.

En algunas jurisdicciones se empezó a utilizar una práctica que consistía en no demandar al porteador que había emitido el conocimiento de embarque, vale decir el porteador contractual, sino al armador o naviero del buque en el que se había realizado el transporte marítimo. La demanda a ese armador o naviero era por responsabilidad extracontractual y en la medida en que dicho armador no había emitido el conocimiento de embarque, se burlaba la aplicación de las Reglas de la Haya o Haya-Visby y se eludía la aplicación de los límites de responsabilidad así como la aplicación de las excepciones de responsabilidad previstos en dichas Convenciones. Las Reglas de Hamburgo regulan esta práctica y además del porteador «contractual», esto el porteador que ha celebrado el contrato para transportar mercancías por mar de un puerto a otro, contemplan al porteador «efectivo» que es aquel a quien el porteador «contractual» le ha encomendado la ejecución del transporte de las mercancías, o de una parte del transporte. El porteador «contractual» seguirá siendo responsable de la totalidad del transporte y en la medida en que el transporte es realizado por el porteador «efectivo» ambos serán responsables y su responsabilidad será solidaria. Pero todas las disposiciones de las Reglas de Hamburgo que rigen la responsabilidad del porteador «contractual» son también aplicables al porteador «efectivo», incluyendo el derecho a limitar su responsabilidad.

El plazo de prescripción para reclamar por las pérdidas o daños que sufran las mercancías o por el retraso en la entrega es de dos años a partir de la fecha de entrega de las mercancías o la fecha en que estas hubieran debido ser entregadas.

4. RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO SEGÚN LA LEY PERUANA

4.1. Responsabilidad contractual según el Código Civil

De acuerdo con el Código Civil de 1984, la responsabilidad contractual se basa en culpa. El artículo 1314 dispone que «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso». A su vez, el artículo 1329 establece que «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor». Actuar con culpa leve es omitir «[...] aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», conforme lo precisa la norma contenida en el artículo 1320.

Es decir, la responsabilidad contractual no solo se basa en culpa sino en la presunción de culpa leve, presunción que por cierto es *iuris tantum*, de tal suerte que le corresponde al deudor probar su inculpabilidad para quedar exonerado de responsabilidad. Ahora bien, la fuerza mayor, que el Código Civil equipara al caso fortuito y que el artículo 1315 define como «[...] la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso», constituye la causa no imputable por excelencia.

Sin embargo, al obligado le basta probar que el incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso, se ha producido sin culpa de su parte, o lo que es lo mismo, que este se produjo a pesar de que el obligado actuó con la diligencia ordinaria que la naturaleza de la obligación y la circunstancias le exigían, para quedar exento de responsabilidad, salvo que la ley o el pacto establezcan expresamente lo contrario, conforme lo previene el artículo 1317 al señalar que el deudor no responde de los daños y perjuicios «[...] por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».

Al comentar las normas citadas, Felipe Osterling manifiesta:

Usualmente el deudor tan solo debe probar que ha actuado con la diligencia requerida, vale decir, sin culpa, para quedar exonerado de responsabilidad. Generalmente el deudor no precisa demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor. Así lo señala el artículo 1314 del Código, que exige —como causa no imputable— la prueba de la diligencia ordinaria requerida. La excepción se configura cuando la ley o el pacto establecen en forma expresa lo contrario, es decir, cuando exigen para la exoneración del deudor que el acontecimiento obedezca a un caso fortuito o de fuerza mayor [...] (1988, p. 200).

Es más, la ley o el pacto pueden establecer que el deudor responde aun cuando la causa del acontecimiento obedezca a fuerza mayor. Por otro lado, el obligado puede exonerarse de responsabilidad por culpa leve en la medida en que exista un pacto que así lo establezca en forma expresa. El pacto no tendrá validez si ha mediado dolo o culpa inexcusable del deudor o de sus auxiliares o si se han violado obligaciones derivadas de normas de orden público, según lo prescribe el artículo 1328 del Código Civil.

Esto significa que, de acuerdo con las normas antes citadas, al consignatario o recibidor final le bastará probar que las mercancías que se embarcaron en buen estado llegaron dañadas o simplemente no llegaron a su destino, para establecer, *prima facie*, la responsabilidad del porteador, ya que para exonerarse de responsabilidad a este le corresponde probar que el daño o la pérdida se produjo sin su culpa ni la de sus dependientes, o en otras palabras que el daño o pérdida de las mercancías ocurrió no obstante él y sus dependientes actuaron con la diligencia ordinaria requerida.

4.2. El Código de Comercio y la responsabilidad del porteador marítimo

El Código de Comercio peruano de 1902 es copia del Código de Comercio español de 1885. Existe una diferencia de trece números en el orden de los artículos en el Libro Tercero que trata del comercio marítimo.

Así, la Sección Primera del Libro Tercero se inicia con el artículo 573 en el Código español, mientras que en el peruano se inicia con el artículo 586. Aparte de esta diferencia en la numeración, el texto de los artículos en ambos códigos es el mismo.

El Código de Comercio denomina contrato de fletamento al contrato de transporte de mercancías por mar. La exposición de motivos nos dice: *«Los transportes por mar, que constituyen la base de las especulaciones del comercio marítimo, recaen sobre dos objetos distintos, que son, mercancías y personas; dando lugar a la celebración de los contratos que reciben el nombre de fletamento propiamente dicho, cuando se trata del transporte de géneros o efectos comerciales, y de pasaje cuando se refiere al transporte de viajeros».*

Para Isabel Martínez Jiménez, el legislador tuvo en cuenta la forma más generalizada de transporte marítimo existente en la época en que el Código se promulgó (1885) y «[...] se puede deducir que el legislador, al regular el fletamento, pretendió, en realidad, establecer una normativa sobre transporte marítimo en general, y no desarrollar una modalidad concreta, aunque en su intento, sirviera de modelo el tipo de fletamento por viaje» (1991, p. 39). Ignacio Arroyo (2001) sostiene que esta concepción no hace sino seguir la línea de las Ordenanzas de Bilbao (1737) y el Código de Comercio de 1829, que regulaba el fletamento bajo la rúbrica general del transporte marítimo.

El Código de Comercio ha previsto en el artículo 665 que el contrato conste en póliza de fletamento (*charter party*), y en el artículo 666 que el contrato tan solo se encuentre documentado en un conocimiento de embarque. Sin embargo, el Código de Comercio no entra en mayores distinciones y en ambos casos el tratamiento es el mismo. La responsabilidad civil del naviero (que es la del fletante y la del porteador marítimo), en lo que a la custodia de la carga se refiere, se encuentra regulada por los artículos 600, 631,1º, 633 y 632, este último referido al período de responsabilidad del naviero (fletante o porteador marítimo).

El artículo 600 dice que «El naviero será también civilmente responsable de las indemnizaciones a favor de tercero, a que diere lugar

la conducta del capitán en la custodia de los efectos que cargó en el buque; [...]».

El artículo 631,1 dispone que *«El capitán, será responsable civilmente para con el naviero, y este para con los terceros que hubieren contratado con él: 1º) De todos los daños que sobrevinieren al buque y su cargamento por impericia o descuido de su parte. Si hubiere mediado delito o falta, lo será con arreglo al Código Penal»*.

Más adelante, el artículo 633 señala que: *«No será responsable el capitán de los daños que sobrevinieren al buque o al cargamento por fuerza mayor; pero lo será siempre, sin que valga pacto en contrario, de los que se ocasionen por sus propias faltas»*.

Cuando el Código nos habla de las «faltas» del capitán, en realidad se está refiriendo a la culpa o negligencia del capitán. Lo que este artículo nos dice es que el capitán no responde por los daños al cargamento por fuerza mayor, pero que será responsable por los daños ocasionados por su propia culpa, sin que valga pacto en contrario.

Sin embargo, el artículo central en cuanto a la responsabilidad del fletante o porteador marítimo se refiere es el artículo 631,1º ya que este dispone que el capitán responde frente al naviero, pero es el naviero quien responde frente a quienes contrataron con él, esto es frente al fletador, o frente al cargador o consignatario final, de los daños que se ocasionen al cargamento por «impericia o descuido», vale decir, por culpa.

Finalmente, el artículo 632 establece el período de responsabilidad del fletante o porteador marítimo, que comprende desde que se le entrega la carga en el muelle o al costado a flote en el puerto de embarque, hasta que este lo entrega en la orilla o muelle del puerto de descarga, salvo pacto expreso en contrario, vale decir, que expresamente se haya convenido extender el período de responsabilidad para comprender el período anterior al embarque o aquel posterior a la descarga, que es lo que sucede cuando se ha contratado un transporte combinado o multimodal.

La doctrina española no duda que la responsabilidad del porteador marítimo, de acuerdo con el Código de Comercio, se basa en culpa. Gamechogicochea expresa:

En principio, el armador responde de los actos de sus subordinados que causan daño a tercero *interviniendo culpa o negligencia*. El Código de comercio inaugura el Título II, dedicado a las ‘personas que intervienen en el Comercio Marítimo’, aplicando dicho principio al armador, declarando en el artículo 586 (artículo 599 del Código de Comercio peruano), que ‘el propietario del buque y el naviero serán civilmente responsables de los actos del Capitán’. Y como quiera que el Capitán tiene a sus inmediatas órdenes a los demás individuos de la dotación, de ahí que el naviero responda de los *actos culposos o de negligencia que éstos cometan*, como subordinados o dependientes en último término del naviero, de quien reciben el salario y en cuyo beneficio trabajan (1943, p. 194) (las cursivas son nuestras).

Por su parte, Ignacio Arroyo (2001, p. 483), al referirse a las obligaciones del naviero como fletante, señala que este tiene la obligación, entre otras, de «[...] custodiar y conservar la carga durante el viaje (artículo 619), respondiendo de los daños que le sobrevengan por *impericia, culpa o negligencia del capitán y tripulación* (artículos 587, 618,1° y 620)» (las cursivas son nuestras).

Los artículos que Arroyo cita corresponden a los artículos 632, 600, 631, 1° y 633 del Código peruano.

Joaquín Garrigues, al tratar de la responsabilidad del fletante, y comentar, precisamente, el artículo 620 del Código español, vale decir, el artículo 633 del Código peruano, declara:

Causas que excluyen de responsabilidad. No será responsable el capitán de los daños que sobrevengan al cargamento por fuerza mayor (art. 620). *Esta expresión ha de interpretarse con el criterio subjetivo de la culpa*: será debido a fuerza mayor todo daño que no provenga de la negligencia del capitán (‘impericia o descuido’ dice el art. 618, núm. 1°). Será, en cambio, responsable —*aclara el mismo art. 620*,

insistiendo en el criterio de la culpa— de los daños que se ocasionen por sus propias faltas [...] Por consiguiente, tampoco para el transporte marítimo se ha conservado el rigor histórico del principio de la responsabilidad del porteador [...] a pesar de haberse formulado en el derecho romano precisamente para los naveros y capitanes. La severa responsabilidad ex recepto que les imponía alcanzaba también a los casos en que no hubiere mediado culpa por su parte... Únicamente quedaban libres de responsabilidad en caso de mediar un 'daño fatal' (si quid dommun fatale contingit), es decir, una fuerza mayor [...] (1987, p. 322) (las cursivas son nuestras).

Luego, al referirse a la ley de 1949, que introdujo en España las Reglas de la Haya de 1924, que regulan los contratos de transporte de mercancías por mar documentados en conocimientos de embarque, manifiesta:

La ley de 1949, al regular la responsabilidad del porteador, parte del mismo principio genérico del Código: para que exista responsabilidad es necesario que el incumplimiento sea imputable al porteador, en el sentido de que exista culpa por su parte o por parte de sus dependientes (Garrigues, 1987, p. 323) (las cursivas son nuestras).

Como se ha visto al ocuparnos de las Reglas de La Haya y Haya-Visby, la responsabilidad del porteador marítimo se basa en la presunción de culpa y concuerda con la responsabilidad contractual del Código Civil y con la responsabilidad del porteador marítimo establecida en el Código de Comercio, excepto en cuanto las Reglas de La Haya y Haya-Visby le permiten al porteador exonerarse de responsabilidad por la culpa del capitán y sus dependientes, y en lo que respecta a daños causados por incendio, caso en el que no se presume la culpa del porteador.

Las Reglas de Hamburgo también se basan en la presunción de culpa y eliminan la exoneración de responsabilidad por culpa del capitán y dependientes, pero en el caso de incendio no se presume la culpa del porteador y la carga de la prueba se traslada al reclamante.

También señalamos que las Reglas de La Haya, así como las Reglas Haya-Visby y la Reglas de Hamburgo, establecen un límite de responsabilidad por bulto o unidad. El Código de Comercio no reconoce límite de responsabilidad por bulto o unidad. El mencionado código en el artículo 600 reconoce el abandono del buque como límite global de responsabilidad, que solo resulta aplicable en el caso de siniestros de gran magnitud en los que el valor de la carga perdida o dañada supera el valor del buque, lo cual justifica que el naviero haga abandono del buque.

4.3. Errada jurisprudencia de la Corte Suprema

Sin embargo, la Corte Suprema peruana ha sido de diferente opinión. La Corte Superior del Callao había liberado de responsabilidad al porteador marítimo al considerar que, según la prueba aportada, este había actuado con la diligencia ordinaria requerida, esto es, que había probado la ausencia de culpa y que por tanto en aplicación de la norma contenida en el artículo 1314 del Código Civil, no era imputable. Uno podría discrepar de la apreciación de la prueba que hizo la Corte Superior y llegar a la conclusión de que no se había probado la ausencia de culpa, pero ese es otro tema ya que a la Corte Suprema no le está permitido revisar la prueba. Solo debía pronunciarse sobre la correcta aplicación e interpretación de las normas pertinentes. La Corte Suprema sostuvo lo siguiente:

Quinto.- Que, si bien el artículo mil trescientos catorce citado contiene un supuesto de ausencia de culpa cuando dispone que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, también lo es que dicha diligencia resultará insuficiente para liberar al deudor por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento, cuando lo contrario este expresamente previsto por la ley o por el título de la obligación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo mil trescientos diecisiete del mismo Código Sustantivo; Sexto.- Que, en ese orden de ideas se tiene que el artículo seiscientos treintitrés del Código de Comercio, aplicable al caso de autos en atención a la especialidad

de la norma, prescribe que el capitán no será responsable de los daños que sobrevinieran al buque o al cargamento por fuerza mayor; es decir, el obligado para liberarse de su responsabilidad, deberá acreditar además de la diligencia ordinaria, que la inejecución de la obligación o su cumplimiento irregular, obedeció a la presencia de un evento extraordinario, imprevisible irresistible [...]⁵.

En base a ello concluye afirmando que el artículo 1314 del Código Civil fue indebidamente aplicado y que el artículo 633 del Código de Comercio fue erróneamente interpretado. No da fundamento alguno para llegar a semejante conclusión ya que se limita a citar parcialmente el artículo 633 del Código de Comercio.

Luego, en un caso posterior la misma Sala de la Corte Suprema⁶ aplaude al juez de primera instancia por haber

[...] interpretado correctamente el artículo seiscientos treintitres del Código de Comercio en el sentido que la exención de responsabilidad del Capitán únicamente está prevista para los daños que sobrevinieran al buque o al cargamento por fuerza mayor, tal como ha sucedido en el presente caso [...] (las cursivas son nuestras),

y sostiene lo siguiente:

Sétimo.- Que, para que se configure el contenido del artículo mil trescientos catorce del Código Civil según el cual quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; debemos de situarnos ante un caso de responsabilidad contractual subjetiva que busca la demostración o comprobación de la existencia o no de la diligencia ordinaria requerida, *elemento que no se discute en materia de transporte, área en la cual se parte de una presunción iure et de iure de responsabilidad*; resultando por tanto impertinente la aplicación del artículo referido al caso de autos, por cuanto ha quedado

⁵ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, Casación 1382-2000.

⁶ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, Casación 2438-2002.

determinado que el naufragio de la balsa se ha debido a fuerza mayor (énfasis agregado).

Los argumentos de la Corte Suprema son desconcertantes. Si fuera cierto que en el transporte marítimo se presume *iure et de iure*, el porteador marítimo sería irremediablemente responsable por los daños que sufra el cargamento, ya que esta presunción no admite prueba en contrario y por tanto no se salvaría ni aún en el caso de fuerza mayor. Significaría también que al porteador marítimo la Corte Suprema lo habría convertido en un asegurador contra todo riesgo y sin excepciones. No creemos que sea esto lo que la Corte Suprema ha querido decir. Entendemos que lo que ha querido decir es que el artículo 633 del Código de Comercio establece la responsabilidad objetiva del porteador y que este solo puede exonerarse de responsabilidad en el supuesto de que el daño se hubiera producido por fuerza mayor.

Se desprende de los casos citados que, para la Corte Suprema, el artículo 1314 del Código Civil es inaplicable al transporte marítimo, por cuanto establece una responsabilidad subjetiva o basada en culpa, mientras que la responsabilidad del porteador marítimo de acuerdo con la norma especial contenida en el artículo 633 del Código de Comercio es una responsabilidad objetiva que solo permite la exoneración del porteador en caso de fuerza mayor.

Para llegar a tan radical conclusión, interpreta aisladamente el artículo 633, lo que atenta contra el método de interpretación sistemática, omite toda referencia al artículo 631, 1°, no obstante que este es el artículo central en cuanto a la responsabilidad del porteador marítimo, y entiende mal la norma del artículo 633 que no dice lo que la Corte Suprema afirma. Si bien este artículo dispone que el capitán no es responsable de los daños al cargamento por fuerza mayor, también dice que el capitán es siempre responsable de los daños que se ocasionen por sus propias faltas, vale decir, por su propia culpa. Al contrario de lo que la Corte Suprema sostiene, este artículo, concordado con el artículo 631, 1°, consagra la responsabilidad subjetiva o por culpa del porteador marítimo.

Esa interpretación errónea del artículo 633 del Código de Comercio podría dar lugar a resultados absurdos. Si en un transporte marítimo de 30 000 toneladas de trigo llegan dañadas 350 toneladas, el porteador tendría que indemnizar los daños y perjuicios causados al propietario de la carga aun cuando demuestre que no hubo culpa de su parte ni de sus dependientes, ya que la liberación de responsabilidad solo prosperaría si el daño hubiera sido ocasionado por fuerza mayor (evento extraordinario, imprevisible e irresistible).

Pero si el buque naufragara y se perdieran las 30 000 toneladas de trigo, el porteador quedaría exonerado de responsabilidad si prueba que el naufragio no fue ocasionado por su culpa ni por la del capitán o tripulación, en aplicación de la norma especial que trata del naufragio, contenida en el artículo 854 del Código de Comercio, que dice: «*Art. 854.- Si el naufragio o encalladura procedieren de malicia, descuido o impericia del capitán, [...] los cargadores podrán pedir al capitán la indemnización de los perjuicios causados [...] al cargamento por el siniestro [...]*» (énfasis agregado).

Malicia es dolo, y descuido o impericia es negligencia o culpa. Este artículo no hace mención alguna a la fuerza mayor. Lo que se critica a esta norma es que establezca que los cargadores pueden pedir indemnización al capitán, cuando de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 631,1°, los cargadores no tienen acción contra el capitán sino contra el naviero.

Es incuestionable que el Código, al referirse a la responsabilidad por el naufragio, establece la responsabilidad subjetiva o por culpa del porteador marítimo. Esto querría decir que, si en un naufragio sin culpa del porteador se perdiera la totalidad del cargamento, los intereses de la carga no tendrían derecho a ser indemnizados, pero si no hubiera naufragio y solo se perdiera una parte pequeña del cargamento, los intereses de la carga sí tendrían derecho a ser indemnizados porque en este último caso la responsabilidad del porteador marítimo sería objetiva y solo lo salvaría la fuerza mayor.

Por cierto, este resultado absurdo desaparece si se hace una interpretación correcta y sistemática del Código, que nos lleva a la conclusión, en cuanto a la custodia del cargamento se refiere, de que el porteador marítimo solo responde cuando el daño al cargamento se ha producido por descuido o impericia, vale decir por culpa.

Afortunadamente, estas erróneas decisiones de la Corte Suprema no constituyen doctrina jurisprudencial, por lo que no obligan a los jueces inferiores, ni por cierto a la propia Corte Suprema. Esperamos por lo tanto que el error se corrija, y se reconozca la plena aplicación del artículo 1314 del Código Civil, y en general de las normas de este Código sobre responsabilidad contractual, por cuanto complementan las normas pertinentes del Código de Comercio, que establecen que la responsabilidad del fletante y del porteador marítimo se basan en culpa.

4.4. Práctica errada en reclamaciones de carga

Existe una práctica que se ha generalizado en las reclamaciones de carga, y que consiste en demandar solidariamente al propietario del buque, al armador o naviero que aparece inscrito en un registro público, y al porteador «contractual», vale decir, al porteador que ha celebrado un contrato de transporte con el cargador contenido en un conocimiento de embarque, por la pérdida o daños o sufridos por los bienes transportados. Invocan como sustento legal de dicha práctica los artículos 599, 600 y 603 del Código de Comercio en cuanto a la solidaridad se refiere, y las Reglas de La Haya de 1924 aprobadas por Resolución Suprema 687.

Lo sorprendente es que la Corte Suprema ha reconocido como válida dicha práctica y la ha elevado a la categoría de dogma, ya que todas las instancias inferiores la siguen, a pesar de que no constituye doctrina jurisprudencial.

Sabemos que la responsabilidad civil tiene dos manifestaciones: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. En principio, el propietario del buque, el naviero o armador y el porteador contractual pueden incurrir en responsabilidad extracontractual.

Lo ilustramos con un ejemplo. Supongamos que «Alfa» propietario del buque «Estrella», lo entrega en fletamento a casco desnudo a «Naviera Esmeralda», quien a su vez lo entrega en fletamento por tiempo a «Naviera Beta» y esta celebra un contrato de transporte contenido en un conocimiento de embarque con «Importaciones Generales», para el transporte de 500 televisores estibados en un contenedor.

El conocimiento de embarque expresaba que el contenedor se había embarcado en aparente buen estado y con sus sellos de seguridad en orden. En este caso, Naviera Esmeralda es el armador o naviero del buque Estrella, por cuanto tiene la gestión náutica del buque; y Naviera Beta, que en su calidad de fletador por tiempo tiene la gestión comercial de dicho buque, está autorizada para celebrar el contrato de transporte marítimo con Importaciones Generales. El transporte se realiza desde un puerto en los Estados Unidos hasta el puerto del Callao. Como ambos países son parte de las Reglas de la Haya de 1924, y el conocimiento de embarque se emitió en los Estados Unidos, ese transporte está gobernado por el citado convenio internacional. A la llegada del buque al puerto del Callao se constata que se han violado los sellos de seguridad que tenía el contenedor y que 300 televisores habían desaparecido.

En nuestro ejemplo, de conformidad con los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, «Alfa», en su calidad de propietario del buque, y Naviera Esmeralda, en su calidad de armador o naviero de dicho buque, habrían incurrido en responsabilidad extracontractual frente a Importaciones Generales. En principio, también podría haber incurrido en dicha responsabilidad Naviera Beta, ya que el hecho de que tenga una vinculación contractual con Importaciones Generales no la exime de incurrir en responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, como serían varios los responsables del daño, su responsabilidad es solidaria porque así lo dispone el artículo 1983 del Código Civil. Sin embargo, la responsabilidad extracontractual no resulta aplicable cuando existen normas que regulan la responsabilidad contractual en forma expresa y contienen excepciones y límites de responsabilidad,

como es el caso del convenio internacional conocido como Reglas de La Haya.

En nuestro ejemplo, Importaciones Generales no podría demandar por responsabilidad extracontractual a Naviera Beta, por cuanto el transporte marítimo entre puertos de los Estados Unidos y puertos peruanos y la consiguiente responsabilidad están regulados por las Reglas de La Haya de 1924, salvo que Naviera Beta hubiera actuado con dolo o culpa inexcusable, en cuyo caso pierde el beneficio del citado convenio internacional, pero el dolo o la culpa inexcusable tendría que ser probado por Importaciones Generales.

Tampoco es posible demandar simultáneamente por responsabilidad extracontractual y por responsabilidad contractual. En consecuencia, Importaciones Generales solo podría demandar a Naviera Beta por responsabilidad contractual, a no ser que pruebe el dolo o la culpa inexcusable del porteador en la producción del daño; y no podría demandarla solidariamente con el propietario del buque Alfa y con el armador Naviera Esmeralda porque tal solidaridad no está contemplada en norma alguna y según el principio consagrado por el artículo 1183 del Código Civil, «La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa». Importaciones Generales solo podría demandar solidariamente al propietario del Buque Alfa y al armador o naviero de ese buque Naviera Esmeralda, porque su responsabilidad sería extracontractual y el artículo 1983 que se refiere a este tipo de responsabilidad establece que si son varios los responsables del daño su responsabilidad es solidaria.

Los artículos 599, 600 y 603 del Código de Comercio, que la Corte Suprema ha reconocido como fundamento de la solidaridad que la práctica a que nos referimos invoca, no establecen solidaridad alguna. El primero establece que el propietario del buque y el naviero serán civilmente responsables en contraposición a la responsabilidad penal. El segundo dispone que el naviero será también civilmente responsable de las indemnizaciones a que diera lugar la conducta del capitán

en la custodia de los efectos que embarcó el buque, también en oposición a la responsabilidad penal.

El artículo 603 se refiere a la copropiedad del buque y establece una norma que es contraria a la solidaridad. En efecto, dispone que los copropietarios del buque serán civilmente responsables de los actos del capitán a que se refiere el artículo 600, «en la proporción de su haber social». Vale decir, si son cinco los copropietarios del buque y todos tienen partes iguales, en caso de que la carga transportada en el buque sufra daños por 10 000 soles, a cada copropietario el dueño de la carga dañada solo podrá reclamarle 2000 soles, ya que cada copropietario tiene un quinto del haber social. Es difícil comprender cómo una norma tan clara puede servir de fundamento para una solidaridad inexistente.

Como las resoluciones de la Corte Suprema sobre dicha errada práctica no constituyen doctrina jurisprudencial, esperamos que corrija el error.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los sujetos que intervienen en un conocimiento de embarque?
2. ¿Cuál es la contribución del contenedor al transporte internacional de mercancías?
3. En su concepto, ¿la responsabilidad del porteador marítimo de acuerdo con la ley peruana se basa en culpa o es una responsabilidad objetiva cuya exoneración solo procede en casos de fuerza mayor?

CAPÍTULO 7

FLETE

Flete es la contraprestación que paga el fletador o el cargador por el transporte de mercancías del puerto de embarque al puerto de destino. Esto es así en los fletamentos por viaje y en los contratos de transporte marítimo que constan de conocimientos de embarque.

Las modalidades de flete en los casos a que se refiere el párrafo anterior, esto es por el transporte de mercancías a bordo de un buque, son las siguientes:

1. Flete *ad-valórem*. Esta modalidad se aplica a las mercancías de gran valor y por ello se fija no por el peso o medida, sino en función del valor de las mercancías, valor que debe ser declarado en la póliza de fletamento o en el conocimiento de embarque. En la práctica esta modalidad está en desuso.
2. Flete global o por cantidad alzada *lump sum*. En esta modalidad el flete se paga por poner a disposición del fletador todas o una parte de las bodegas del buque, independientemente de la carga que efectivamente se transporte.
3. Flete por peso o volumen. El flete se fija por tonelada métrica o americana, o en base al volumen, esto es por metro cúbico o pie cúbico.

4. Flete pagadero en destino, conocido como flete *collect*. La regla básica es que el flete se gana y por tanto se paga cuando el fletante o porteador ha cumplido su obligación de transportar las mercancías a su destino y las entrega a la persona con título para recibir las. Por consiguiente, si las mercancías se pierden durante el viaje, el fletante no tendrá derecho a cobrar flete, y si lo ha recibido por adelantado tendrá la obligación de devolverlo, salvo que medie pacto en contrario. Esta regla está consagrada en el artículo 674 del Código de Comercio, que aun cuando solo hace referencia al naufragio o varada o al caso en que las mercancías fueren presa de piratas o enemigos, debe entenderse que esta regla es aplicable a todos los casos de peligros de navegación, de tal manera que las mercancías no devengarán flete si por un accidente de la navegación se pierden en el viaje y no llegan a su destino.

Sin embargo, si las mercancías no se pierden, sino que sufren daños, en principio el fletador o cargador está obligado a pagar el flete íntegro. Nuestro código tiene al respecto las reglas contenidas en los artículos 676 y 700. El primero que señala que las mercancías que sufran deterioro o disminución por vicio propio o mala calidad y condición de los envases o por caso fortuito devengarán flete íntegro, y el segundo que establece que los fletadores no podrán hacer abandono de las mercancías averiadas por vicio propio o caso fortuito para el pago del flete, salvo el caso de que el cargamento consistiere en líquidos y se hubieren derramado, no quedando en los envases sino una cuarta parte de su contenido, ya que en tal caso se considera que lo que queda en los envases es tan poco que más que avería se considera como desaparición o pérdida parcial.

El código guarda silencio respecto de daños al cargamento que no tengan como causa las que allí se mencionan. Por lo demás no debe confundirse el derecho del fletante o porteador a exigir el flete íntegro con su obligación de compensar al fletador o

consignatario por los daños que haya sufrido el cargamento y que le sean imputables.

5. Flete anticipado o *prepaid*. Esta es hoy la modalidad más frecuente, sobre todo en el transporte de carga general en buques de línea regular, y además es también usual que se pacte que el flete se considera ganado al embarque de la mercancía, aun cuando se pierda el buque o la carga. Como hemos visto en el párrafo anterior, si bien la regla es que el flete solo se devenga a la entrega de las mercancías en su destino, esta regla admite pacto en contrario.
6. Flete de distancia. Algunas legislaciones, como la inglesa (Wilson, 1998), rechazan el flete proporcional de distancia, salvo que haya mediado pacto al respecto. La regla básica es que el flete solo se devenga y paga en la medida en que la carga ha sido embarcada, transportada y entregada en su destino, de tal suerte que si el viaje se interrumpe el fletante no tiene derecho a percibir flete.

Sin embargo, otras legislaciones, como nuestro Código de Comercio, consagran la regla de que el flete es debido en proporción a la distancia recorrida. A estos casos se refiere el código en los artículos 670, 672, 673 y 675. El primero se refiere al caso en que el buque luego de emprendido el viaje quede inhabilitado para proseguirlo. En tal caso el fletante tendrá derecho a percibir flete por la distancia recorrida hasta el puerto de arribada, y si consigue transportarlas en otro buque hasta su destino, en opinión de Gamechogicoechea (1943), que coincide con Ripert, tendrá también derecho a cobrarle al fletador el nuevo flete que corresponde a la segunda etapa desde el puerto o lugar de arribada hasta el puerto de destino, ya que el segundo buque ha sido fletado por el capitán en interés del fletador. El segundo, esto es el artículo 672, se refiere al flete de las mercancías vendidas por el capitán para atender reparaciones indispensables o necesidades urgentes. El artículo 673 contempla el caso de avería gruesa. El artículo solo

menciona la echazón, pero según Gamechogicoechea (1943) es evidente que esta disposición se hace extensiva a todos los casos en que hay un sacrificio de mercancías por un acto de avería gruesa. El artículo 675 contempla el caso de rescate del buque o mercancías.

7. Falso flete. Según el código, es la denominación que se da a la mitad del flete pactado que el fletador debe abonar al armador en los casos siguientes:

- a) Si el fletador antes de embarcar la carga se desiste del contrato, esto es, hace abandono del fletamento, conforme lo establece el artículo 701 inc. 1;
- b) Si el fletador, vencido el término de las sobreestadías no cumple con proporcionar la carga para su embarque, en cuyo caso el armador tiene el derecho de resolver el contrato y el fletador queda obligado al pago del falso flete.

Según Gamechogicoechea (1943), el falso flete no tiene el carácter de flete sino de indemnización por incumplimiento. En este sentido el falso flete tiene el carácter de cláusula *penal* y no es por tanto necesario que el armador pruebe los daños que el incumplimiento del fletador le ocasione.

8. *Dead freight* o flete sobre el vacío. Es el flete que debe pagar el fletador por la parte de la carga que dejó de embarcar. El *dead freight* se aplica cuando el fletador ha embarcado una parte de la carga, pero no la totalidad de la que se comprometió a embarcar, en cuyo caso debe pagar el flete por entero respecto de la parte que dejó de embarcar.

En nuestra opinión, tiene también el carácter de indemnización. A este flete se refiere el artículo 693. Sin embargo, el código establece una excepción en el caso de que se trate de la carga general a que se refiere el artículo 698, que permite al cargador descargar la carga puesta a bordo pagando medio flete.

Tanto en el caso del falso flete como en el caso de *dead freight*, el fletante o porteador tiene la obligación de tomar las medidas adecuadas para mitigar la pérdida conforme lo establece el artículo 1327 del Código Civil.

En el caso de que se flete un buque para recibir el cargamento en puerto distinto a aquel en el que se contrató el fletamento, y el fletador deje de embarcarla, tendrá que pagar el flete por entero conforme lo señala el artículo 688, vale decir *dead freight* y no falso flete.

9. Garantía para el pago del flete. El pago está garantizado por el cargamento, lo cual constituye un principio reconocido por todas las legislaciones. Esto es que se crea un gravamen sobre la carga conforme lo dispone el artículo 678 del Código de Comercio. Para que el cargamento garantice el pago del flete es preciso que las mercancías no hayan salido del poder del destinatario y no hayan pasado a poder de un tercero adquirente de buena fe.

No obstante, el capitán no podrá dilatar la descarga por recelo de que deje de cumplirse la obligación de pagar el flete. Empero, la ley autoriza al fletante o porteador a retener la carga una vez descargada, acudiendo al juez a fin de solicitar su depósito, a pesar de que la exigencia del trámite judicial resulta inconveniente en la práctica. Los artículos 679, 680 y 681 se refieren al derecho del armador para pedir la venta del cargamento para el pago del flete, así como al derecho de preferencia para su cobro, pero no establecen un procedimiento para tal efecto, lo cual lo hace impracticable.

10. Obligado al pago del flete. La parte obligada al pago del flete es aquella que ha celebrado un contrato de fletamento con el fletante o que ha celebrado un contrato de transporte de mercancías por mar con el porteador. El fletador es la parte responsable por el pago del flete en el contrato de fletamento por viaje, y el cargador o embarcador en el contrato de transporte de mercancías por mar.

Sin embargo, una vez que el cargador ha transferido el conocimiento de embarque al consignatario o a un endosatario, el porteador puede exigir el pago del flete al consignatario o al endosatario o tenedor legítimo del conocimiento de embarque, como condición para la entrega de las mercancías en el puerto de destino. Sin embargo, el cargador seguirá siendo responsable frente al porteador por el pago del flete si el consignatario o endosatario no realizan el pago.

Al respecto, el artículo 248.1 de la ley de títulos valores dispone que el cargador, aun cuando transfiera el conocimiento de embarque, seguirá siendo responsable frente al porteador por las obligaciones que le son inherentes de acuerdo a las disposiciones que rigen el contrato de transporte marítimo de mercancías.

11. Prescripción. De acuerdo con el artículo 962 del Código de Comercio, las acciones relativas al cobro de fletes, gastos a ellos inherentes y la contribución de avería gruesa prescriben a los seis meses de entregar los efectos que los adeudaron.

En el caso del fletamento por viaje o del transporte de mercancías al amparo de conocimientos de embarque, el plazo de seis meses se cuenta a partir de la entrega del cargamento a la persona con derecho para recibirlo. Si se trata de un fletamento por tiempo, dicho plazo se cuenta a partir de la fecha en que el buque es devuelto al armador fletante.

En las pólizas de fletamento por tiempo el flete o contraprestación que el fletador está obligado a pagar al armador por hacer uso de la gestión comercial del buque, esto es para contratar el transporte de mercancías por mar, durante el período del contrato, se denomina *hire*, que significa alquiler. Dicho término no es adecuado, ya que *hire* es la contraprestación que se paga por el arrendamiento del buque, esto es por el fletamento del buque a casco desnudo (Scrutton, 1974). En realidad, se le debería denominar «flete por tiempo» (artículo 671 del Código de Comercio).

El flete por tiempo usualmente se calcula sobre la base de una cantidad fija por tonelada de peso muerto *deadweight* del buque por un período determinado. Normalmente se paga por adelantado cada quince o treinta días. El flete se devenga desde el momento en que el buque es entregado al fletador hasta la restitución del buque al armador al término del período de fletamento.

PREGUNTAS

1. ¿Qué entiende por falso flete?
2. ¿Qué garantía tiene el fletante o porteador para el pago del flete y cómo puede hacerla efectiva?
3. ¿Cuál es el plazo de prescripción para el cobro de fletes?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 8

AVERÍAS Y ACCIDENTES MARÍTIMOS

1. AVERÍA PARTICULAR Y AVERÍA COMÚN

En la expedición marítima, tanto el buque como el cargamento están expuestos a riesgos y pueden sufrir pérdidas, daños o gastos. A estas pérdidas, daños o gastos se les denomina genéricamente averías. Según el artículo 821 del Código de Comercio, las averías serán simples o particulares y gruesas o comunes. Como dice Ripert en su *Compendio de derecho marítimo*,

La palabra averías tiene un sentido muy general: indica todos los daños y todas las pérdidas que pueden sobrevenir durante la expedición marítima, tanto la pérdida total como el daño material sufrido por el buque o la mercancía [...] Además, el término averías comprende todos los gastos, de carácter excepcional o anormal, que puedan ser ocasionados durante la expedición marítima (1954, p. 341).

No están comprendidos en el término «averías» los gastos ordinarios de la navegación, conforme lo establece el artículo 820 del Código de Comercio. Las pérdidas, daños o gastos constituirán avería gruesa o común si han redundado en beneficio y utilidad común, y darán lugar a una contribución de quienes estén interesados en la expedición marítima, de ahí que se les denomine avería común.

Por el contrario, si no han redundado en beneficio común, estas pérdidas, daños o gastos constituirán avería particular, que no da lugar a contribución y que, en principio, debe ser soportada por el dueño del bien que sufrió la pérdida, daño o gasto, lo cual explica que por oposición a la avería común a este tipo de avería se le denomine avería particular.

Por ello, Beltrán Montiel (1979) en su *Curso de Derecho de la Navegación*, siguiendo a Ripert, sostiene que la expresión «avería particular» solo adquiere sentido por oposición a la de avería gruesa o común, y Danjon, en su *Tratado de derecho marítimo* (1934) afirma, como lo hacen los códigos alemán y belga, que serán averías particulares todas aquellas que no constituyan averías comunes.

El Código de Comercio, en línea con la doctrina citada, no circunscribe las averías a los daños que sufra el cargamento con exclusión de las pérdidas. El artículo 822 señala que «Serán averías simples o particulares, por regla general, todos los gastos y perjuicios causados en el buque o en su cargamento, que no hayan redundado en beneficio y utilidad común de todos los interesados en el buque y en su carga», y luego hace una enumeración en nueve incisos de gastos, daños y perjuicios que «especialmente» se consideran averías simples o particulares, enumeración que no es limitativa.

Por otro lado, en el inciso 5° del artículo 867, que también es de aplicación a la liquidación de las averías simples o particulares por disposición del artículo 882 del citado código, se establecen reglas para la valuación de las «mercaderías perdidas». Un sacrificio por parte de la carga para salvar la expedición marítima ocasionará un faltante a la descarga y nadie podrá decir que ese faltante no constituye una avería gruesa o común por el hecho de tratarse de una pérdida y no un daño.

Que el faltante o pérdida parcial del cargamento es también una avería simple o particular, está corroborado por el artículo 789 del Código de Comercio, que dispone: «En los casos de avería simple respecto a las mercancías aseguradas, se observarán las reglas siguientes: 1° Todo lo que hubiere desaparecido por robo, pérdida, venta en viaje [...]»,

de tal suerte que no puede quedar duda alguna de que una pérdida parcial del cargamento constituye una avería. Lo que importa para establecer si esa pérdida parcial del cargamento constituye avería común o avería particular, es determinar si redundó o no en beneficio o utilidad común.

Las normas del Código de Comercio sobre justificación y liquidación de averías son supletorias, y en la práctica no se aplican. La liquidación de averías, y en especial de las averías comunes, es un tema técnico que está a cargo de profesionales especializados que se denominan «ajustadores de averías».

Las averías comunes se liquidan de acuerdo con las denominadas Reglas de York y Amberes, que son un conjunto de reglas elaboradas por el Comité Maritime International y que las partes adoptan voluntariamente. El Comité Maritime International (CMI) es una entidad privada formada por las asociaciones de derecho marítimo de los principales países marítimos, que tiene como principal objetivo lograr la uniformidad del derecho marítimo.

Las Reglas de York y Amberes para la liquidación de averías comunes constituyen uno de los mayores éxitos en el proceso de unificación internacional del derecho marítimo. No son reglas de aplicación obligatoria, sino que su aplicación depende de la voluntad de las partes. Los armadores y sus aseguradores, así como los propietarios de carga y sus aseguradores, han mostrado su conformidad en la aplicación de dichas reglas y por ello es usual encontrar en los contratos de fletamento y en los conocimientos de embarque una estipulación que establece que en caso de presentarse una avería gruesa o común, esta se liquidará de acuerdo con las Reglas de York y Amberes. Estas reglas han sido objeto de revisiones y modificaciones en 1950, 1974, 1990, 1994, 2004 y finalmente han sido recientemente modificadas en la Conferencia Internacional convocada por el Comité Maritime International que se llevó a cabo en Nueva York en mayo de 2016, de tal manera que la última versión será conocida como Reglas de York-Amberes 2016.

Una de las normas que ha dado lugar a controversia en el país es la contenida en el artículo 861 del Código de Comercio, que dispone que «Las demandas sobre averías no serán admisibles, si no excedieren del 5% del interés que el demandante tenga en el buque o en el cargamento, siendo gruesas, y el 1% del efecto averiado, si fueren simples; deduciéndose en ambos casos los gastos de tasación, salvo pacto en contrario». Este artículo contiene, en rigor, dos normas. La primera relativa a la avería gruesa y la segunda a la avería particular.

El texto de ambas normas es, en abstracto o teoría, bastante claro. Sin embargo, es posible, como sucede con muchas normas jurídicas, que en un caso concreto los alcances de ambas normas o de una de ellas resulten dudosos o tal vez inaplicables. Será necesario entonces determinar qué quiere decir la norma, vale decir, interpretarla de acuerdo con los métodos de interpretación generalmente aceptados.

La controversia se ha producido en relación con la avería particular. En casos de pérdida parcial de carga durante su transporte marítimo que haya dado lugar a faltantes a la descarga, los portadores marítimos han rechazado las reclamaciones en la medida en que el faltante o pérdida parcial de carga no excediera el 1%. Por su parte, los intereses de la carga alegan que el artículo 861 del código citado solo es aplicable a las reclamaciones del asegurado frente a su asegurador, pero no a las reclamaciones del propietario de carga frente al porteador. Los intereses de la carga sustentan su posición en un dictamen del abogado español José María Alcántara (1990), y los portadores marítimos la sustentan en el dictamen del abogado español José Luis Goñi (1989) y su dictamen ampliatorio (1991).

Si bien la norma que ha originado la controversia es la relativa a la avería particular, es conveniente referirnos también a la norma relativa a la avería gruesa, ya que es esta la que ha dado lugar a las objeciones que se hacen al artículo 861 del Código de Comercio.

La posición de los intereses de la carga se basa en lo siguiente: el antecedente histórico de la norma es la ordenanza de la Marina Francesa

de 1681, que en su artículo 47 ubicado en el título sexto, denominado «De los seguros», disponía que «no se podrá hacer abandono de una parte y retener la otra, ni formular demanda de avería si no excede del uno por ciento».

La ordenanza de 1681 recogía las prácticas de los seguros marítimos de Róterdam y Ámsterdam, basadas en la ordenanza de Felipe II de 1570 para los Países Bajos, que al referirse a los seguros disponía: «Cuando la avería no sobrepase el uno por ciento, el asegurador no estará obligado a indemnización alguna». Por otro lado, las ordenanzas de Bilbao de 1737, al tratar de los seguros marítimos contenían una norma similar referida expresamente a las relaciones entre asegurado y asegurador.

Estos antecedentes históricos son citados por el abogado español José María Alcántara, así como por el abogado español José Luís Goñi. Son dos las conclusiones que podemos sacar de los antecedentes glosados: primero, que esta limitación cuantitativa para demandar o «franquicia», como usualmente se le conoce, estaba contenida en los epígrafes de los seguros y, expresamente, estaba referida a las relaciones entre asegurado y asegurador; segundo, que la franquicia estaba solo referida a la avería simple o particular y no a la avería gruesa.

El Código de Comercio francés de 1809 recoge la limitación cuantitativa para demandar o franquicia en el artículo 408, pero con un cambio importante. Primero, la incluye en el título «De las averías» y ya no en el título «De los seguros». Segundo, la hace también extensiva a la avería gruesa. El artículo en cuestión señala: «Una demanda por averías no es admisible si la avería gruesa no excede de un uno por ciento del valor acumulado del buque y las mercancías, y si la avería particular no excede también de un uno por ciento del valor de la cosa dañada». Este artículo contiene dos normas, una referida a la avería gruesa y otra a la avería particular, al igual que el artículo 861 de nuestro Código de Comercio.

Según el tratadista francés Lucien de Valroger, citado por el abogado español José María Alcántara, el artículo 408 del Código francés ha dado lugar a varias interpretaciones. La primera sostiene que al haberse ubicado

en el título «De las averías» y ya no en el «De los seguros», se aplica a toda demanda de averías, entre todas las personas, ya sea entre asegurados y aseguradores, ya sea entre cargadores y armadores.

No obstante, esta interpretación plantea una grave objeción en lo que respecta a las averías gruesas, al requerir para que la contribución por avería gruesa sea exigible, que esta deba exceder del 1% del «valor acumulado del buque y las mercancías», lo cual ha motivado proponer como interpretación que el artículo en cuestión solo se aplica a las relaciones entre asegurador y asegurado, y que el legislador francés se equivocó al colocar este artículo en el título «De las averías» en lugar de hacerlo en el título «De los seguros». A este sistema de interpretación se adhieren los tratadistas franceses que cita José María Alcántara (1990), entre los que cabe destacar Ripert y Daniel Danjon. Precisamente este último, al señalar que el artículo del Código francés está mal colocado en el título «De las averías», sostiene que si se aplicara la acción para ejercitar contribución por avería gruesa entre el fletante y los cargadores daría lugar a resultados inexplicables. Para ello cita como ejemplo el caso del dueño de un pequeño lote de mercancías que se pierden totalmente, no obstante lo cual no tendría derecho a recibir contribución porque su valor no excede el 1% del valor acumulado del buque y el cargamento.

En España, el Código de Comercio de 1829 recoge la norma que sobre avería gruesa contiene el Código francés en el título cuarto, «De los riesgos y daños del comercio marítimo», sección primera «De las averías», artículo 965, que dispone «Para que sea admisible la demanda de averías, es necesario que el importe de ésta sea superior a la centésima parte del valor común de la nave y su cargamento». El artículo del Código español no contiene norma alguna sobre la avería particular, y a la norma que contiene sobre la avería gruesa, igual a la del Código francés, le serían oponibles las objeciones que en cuanto a su aplicación a los demás interesados en la aventura hace la doctrina francesa.

Sin embargo, el artículo 848 del Código de Comercio español de 1885, incluido dentro del epígrafe «De la justificación y liquidación

de las averías», del cual nuestro artículo 871 es copia textual, introduce un cambio notable. No exige, como lo hacen el Código español anterior y el Código francés, que para que prospere una acción de contribución por avería gruesa, la franquicia exceda un porcentaje del «valor acumulado del buque y del cargamento», sino que ahora se requiere que la franquicia exceda el 5% del interés que el demandante tenga «en el buque o en el cargamento».

Las consecuencias de esta diferencia son importantes. Así, por ejemplo, el propietario de un pequeño lote de mercancías que se sacrifica totalmente en un acto de avería gruesa y cuyo valor no excede del 1% del valor acumulado del buque y el cargamento, no tendrá derecho a exigir contribución por avería gruesa según el Código francés, no obstante haber perdido el 100% de su mercancía, mientras que el mismo propietario sí tendrá derecho a exigir contribución por avería gruesa según el artículo 848 del Código de Comercio español de 1885 que nuestro Código de Comercio reproduce textualmente en el artículo 861, porque lo que este requiere es que la contribución exceda del 5% de «su interés en el cargamento», y no del valor acumulado del buque y del resto del cargamento respecto de los cuales él no tiene interés alguno.

La doctrina española en su mayor parte, al comentar el seguro marítimo, hace referencia a las franquicias del artículo 848 en las relaciones entre asegurado y asegurador, lo cual es correcto, porque nadie ha dicho que tales franquicias no les sean aplicables. Dicen, además, que estas franquicias legales no operan en la práctica, ya que han sido modificadas por pacto en las pólizas de seguros. Esto no debe extrañar, porque las franquicias del artículo en cuestión no son de orden público y permiten el pacto en contrario.

De lo anterior podemos concluir que la doctrina española resulta al respecto imprecisa, lo cual se explicaría por la influencia de la doctrina francesa, no obstante que la norma del Código francés, en relación a la avería gruesa, difiere de manera sustancial de la norma del Código español vigente.

Ahora bien, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿es lícito que en base a antecedentes históricos remotos y a la opinión de la doctrina, que en cuanto a la francesa comenta una norma diferente, se haga una interpretación restrictiva de las normas que contiene el artículo 861 de nuestro Código de Comercio? En el fondo, importa o bien modificar su texto para añadirle la frase «en las relaciones entre asegurador y asegurado las demandas sobre averías [...]», o bien haciendo una abstracción, trasladarlo de lugar para ubicarlo en el título tercero, que trata de los seguros marítimos. Creemos que no es lícito hacer esta interpretación restrictiva porque hace violencia a la hermenéutica, ya que como dice Coviello en su libro *Doctrina general del derecho civil*:

Esta interpretación no debe hacerse a la ligera, donde quiera que se encuentre una norma que nos parezca poco racional o poco justa, no digo poco conforme a nuestros deseos o intereses; sino solo cuando entre la norma que debe interpretarse y otra norma no dudosa, o un principio de derecho, aunque no esté expuesto, exista contradicción, y cuando todas las tentativas para removerla hayan resultado vanas (1938, p. 87).

Nosotros consideramos que la corriente de opinión que se apoya en los dictámenes del abogado español José Luis Goñi es la correcta, no solo porque como ya lo hemos señalado las normas contenidas en el artículo 861 de nuestro Código de Comercio difieren sustancialmente de la norma del código francés, sino además porque de acuerdo al método literal de interpretación se advierte que el texto de la norma es claro y que restringir su aplicación solo a las relaciones entre asegurado y asegurador supondría modificarlo, lo cual no se puede hacer en vía de interpretación.

Luego, hay que tener presente que esta norma se encuentra ubicada, según la interpretación sistemática por ubicación de la norma, en la sección quinta «De la justificación y liquidación de las averías», a continuación de la sección cuarta «De los riesgos, daños y accidentes del comercio marítimo», normas todas que son de aplicación no solo a las relaciones

entre asegurador y asegurado, sino también a las relaciones entre los demás interesados en la expedición marítima. Restringir la aplicación de la norma en cuestión solo a las relaciones entre asegurador y asegurado, importaría trasladarla del lugar en que se encuentra para colocarla en el epígrafe de los seguros marítimos, lo cual hace violencia de la hermenéutica, es decir, fuerza la interpretación.

Por otro lado, la exposición de motivos del Código, siguiendo el método histórico, no permite interpretar la norma en el sentido restrictivo que se pretende. La exposición de motivos, al referirse al título de las averías, en la sección cuarta, dice:

Fijando la consideración en el método, es innegable que el nuevo Código acusa una verdadera superioridad sobre el Código derogado. Sin duda por no haberse formado los autores del mismo una idea clara y completa, de todo el conjunto de relaciones jurídicas que nacen de los daños que ocasionan los accidentes marítimos en el buque y en el cargamento; aparecen confundidos y mezclados, bajo un solo título, preceptos que fijan la naturaleza de estos daños y los que señalan el procedimiento que ha de seguirse para justificar su existencia y estimación, o para determinar la manera de contribuir a la indemnización, tratándose separadamente, como si no estuviesen sujetos a la mismas disposiciones, los daños sobrevenidos por naufragio o arribada forzosa. El nuevo Código pone remedio a esta confusión, distribuyendo en dos secciones la materia que el Código derogado comprendía en una sola; dedica la primera, a exponer la naturaleza de los diversos daños y perjuicios producidos por cualquier accidente marítimo [...] y destina a la segunda a consignar, con toda amplitud, las reglas para proceder a la justificación y liquidación de los daños que merecen la calificación de averías.

Luego, al referirse a la justificación y liquidación de las averías, dice:

Las innovaciones adoptadas respecto de la justificación y liquidación de las averías, responden al pensamiento de presentar, con la mayor claridad posible, todas las reglas que deben observarse, desde que

sobreviene un daño al buque o al cargamento, hasta que se obtiene la indemnización correspondiente de las personas que vienen obligadas a satisfacerla. En efecto: primeramente formula las disposiciones comunes a toda clase de averías; tales como la determinación del lugar en que debe procederse a la justificación y liquidación de las mismas, según los diversos casos que pueden presentarse; la necesidad de ser oídos todos los interesados; el señalamiento de un *máximum* del importe de daño sufrido, para que sea admisible toda demanda de avería [...].

Como se ve, el legislador no dice ni insinúa que señala un *máximum* para que sea admisible la demanda del asegurado contra su asegurador, sino que, por el contrario, manifiesta que ese *máximum* que se señala es para que sea admisible «toda demanda de avería».

Por otra parte, el legislador no podía ignorar las críticas a la norma que sobre avería gruesa contiene el artículo 408 del Código francés de 1809, que el Código español derogado reproducía, y que según la doctrina francesa estaba colocada en el lugar equivocado. Cómo se explica que el legislador haya vuelto a incurrir en el mismo error, máxime si según se dice, el nuevo código introduce cambios importantes y corrige la confusión del código anterior. No puede decirse que la norma pasó inadvertida, ya que como hemos señalado anteriormente, la norma sobre avería gruesa del artículo 848 del Código español vigente, equivalente al artículo 861 de nuestro código, introduce un cambio notable en relación a la norma del Código francés que el Código español derogado recogía y, por lo tanto, resultaría incomprensible que el legislador se haya tomado el trabajo de modificarla en lugar de trasladarla al epígrafe de los seguros marítimos. La única explicación que hace sentido es que fue intención del legislador mantener la norma en el lugar que se encuentra y hacer extensiva su aplicación a todos los interesados en la aventura marítima, para lo cual corrige el defecto de la norma que le antecede.

En consecuencia, y como ya señalamos anteriormente, el faltante o pérdida parcial del cargamento durante su transporte marítimo constituye

una avería simple o particular y el artículo 861 del Código de Comercio es también aplicable a las relaciones entre el porteador marítimo y los propietarios de carga.

2. LA ARRIBADA FORZOSA

Hay arribada forzosa cuando un buque, por causa que lo justifique, se desvía de su ruta hacia un puerto o lugar de refugio. El artículo 822 del Código de Comercio dispone que hay arribada forzosa cuando «[...] el capitán, durante la navegación, creyere que el buque no puede continuar el viaje al puerto de destino por falta de víveres, temor fundado de embargo, corsarios o piratas, o por cualquier accidente de mar que lo inhabilite para navegar [...]».

En el capítulo IV hicimos referencia a la desviación entendida como el cambio intencional de la ruta designada en el contrato, o de la ruta usual y acostumbrada o de la ruta geográfica más directa. En el caso de la arribada forzosa la situación es distinta: se trata de una desviación originada por la falta de víveres, por el temor fundado de embargo o de un ataque de piratas, o por cualquier accidente de mar que inhabilite para navegar y que obliga al buque a buscar un puerto o lugar de refugio.

La arribada forzosa puede ser legítima o ilegítima. Será ilegítima cuando la causa haya sido la falta del estado de navegabilidad del buque, y siempre que se hubiere debido a la malicia, negligencia, imprevisión o impericia del capitán, conforme lo dispone el artículo 833 del Código. Si fuera legítima, los gastos de arribada serán de cuenta del naviero o fletante, pero los daños que sufra el cargamento serán asumidos por los cargadores. Si fuera ilegítima, el naviero y el capitán serán responsables mancomunadamente de los daños que sufra el cargamento, según lo señala el artículo 834.

La arribada forzosa es una avería que, por regla general, se liquida como avería gruesa o común.

3. EL NAUFRAGIO

Es la pérdida total del buque por hundimiento o por encalladura que no le permita salir sin sufrir una pérdida total. Puede ser fortuito o culpable. Será fortuito cuando el naufragio se produce por fuerza mayor, hecho fortuito o por un hecho de tercero. Será culpable cuando se haya producido por dolo o culpa. Si el naufragio es culpable los intereses de la carga serán indemnizados por el naviero. Los efectos que se salven del naufragio quedarán afectos a la compensación a que tendrán derecho los salvadores. El Código de Comercio trata sucintamente del naufragio en los artículos 853 a 858.

4. EL ABORDAJE

El abordaje es la colisión entre dos buques. Al respecto concordamos con Ignacio Arroyo (2001), quien al referirse al abordaje nos dice: «En definitiva, entendemos que se ha de aplicar, a los efectos del abordaje, el concepto amplio de buque, sin limitarlo a los buques mercantes» (p. 700). El choque o colisión entre un buque y el muelle o una boya o contra cualquier otro objeto que no sea un buque no es abordaje. El Código de Comercio contempla cuatro clases de abordaje:

- i) Abordaje fortuito, previsto en el artículo 843, que establece: «Si un buque abordare a otro por causa fortuita o de fuerza mayor, cada nave y su carga soportará sus propios daños».
- ii) Abordaje culpable, previsto en el artículo 839, que dispone: «Si un buque abordase a otro por culpa, negligencia o impericia del capitán, piloto u otro cualquiera individuo de la dotación, el naviero del buque abordador indemnizará los daños y perjuicios ocurridos, previa tasación pericial».
- iii) Abordaje imputable a ambos buques, contemplado en el artículo 840, que señala: «Si el abordaje fuese imputable a

ambos buques, cada uno de ellos soportará su propio daño, y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargas».

- iv) Abordaje dudoso, vale decir cuando no pueda determinarse cuál de los dos buques ha sido causante del abordaje, en cuyo caso cada uno de ellos soportará su propio daño y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargas. El artículo 841 dispone que en este caso es aplicable la disposición del artículo 840, relativo al abordaje imputable a ambos buques.

Es necesario tener presente que en los casos de abordaje imputable a ambos buques y abordaje dudoso, los navieros de ambos buques responden por los daños ocasionados no solo a sus cargas, sino también por daños que pudieran ocasionar a terceros, ya sean personales o a la propiedad.

Abordajes de esta naturaleza pueden ocasionar daños a instalaciones de la costa por la contaminación del petróleo derramado a consecuencia del abordaje. El abordaje da lugar a responsabilidad extracontractual y por lo tanto a la aplicación de las normas sobre este tipo de responsabilidad previstas en los artículos 1969 y siguientes del Código Civil, así como las normas especiales que contiene el Código de Comercio.

El artículo 850 establece un límite a la responsabilidad de los navieros al disponer que «La responsabilidad civil que contraen los navieros en los casos previstos en este título, se entiende limitada al valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje». Se entiende que el valor de la nave es la que esta tenía antes del abordaje. Luego, el artículo 851 establece que «Cuando el valor del buque y sus pertenencias no alcanzare a cubrir todas las responsabilidades, tendrá preferencia la indemnización debida por muerte o lesiones de las personas».

El código exige que para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios que se deriven de los abordajes se presente una protesta dentro de las 24 horas de producido el abordaje ante la autoridad competente,

vale decir, la capitanía de puerto del lugar en que tuviese lugar el abordaje o del primer puerto de arribada del buque, siendo en el Perú y ante el cónsul peruano si ocurriese en el extranjero. La reclamación no será admisible si no se cumple con dicho requisito, conforme lo dispone el artículo 848. Sin embargo, la falta de protesta no puede perjudicar a los interesados que no se hallaban en la nave o no estaban en condiciones de manifestar su voluntad (artículo 849).

A consecuencia de la protesta, la autoridad marítima inicia una investigación sumaria, de conformidad con el decreto legislativo 1147 y su reglamento aprobado por decreto supremo 015-2014-DE, con el fin de determinar las causas del abordaje y si se ha dado cumplimiento al Convenio sobre el Reglamento Internacional para Prevenir Abordajes, 1972, adoptado por la Organización Marítima Internacional de las Naciones Unidas (OMI), del cual el Perú es parte, o en todo caso cuáles han sido las normas de dicho reglamento que han sido violadas por los buques que colisionaron.

El mencionado reglamento establece normas que los buques deben observar durante la navegación, tomando las debidas precauciones cuando se navega en condiciones de escasa visibilidad o de tráfico intenso, estableciendo cuál es el buque que debe darle paso al buque que tiene la preferencia. Son reglas similares a un reglamento de tránsito en el transporte terrestre. Durante la investigación sumaria se llama a declarar a los oficiales y tripulantes involucrados, y la capitanía de puerto con jurisdicción para investigar el abordaje nombra un perito naval que le brinde asesoría.

Se debe tener presente que la capitanía de puerto en primera instancia y la Dirección General de Capitanías y Guardacostas en segunda y última instancia, son competentes para pronunciarse sobre la responsabilidad administrativa en que hayan incurrido los buques que se abordaron, imponiendo las sanciones administrativas que correspondan. Es en relación a esta responsabilidad administrativa y a las sanciones que la autoridad marítima imponga que los administrados pueden recurrir al Poder Judicial

mediante la acción contencioso administrativa. Es importante tener en cuenta que la autoridad marítima no tiene competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil o penal que pudiera haber ocasionado el abordaje, ya que el pronunciamiento sobre estas responsabilidades es competencia exclusiva del juez civil o del juez penal. El pronunciamiento de la autoridad marítima sobre la responsabilidad por el abordaje y el grado de responsabilidad que a cada buque le corresponda, en relación con la responsabilidad civil que el abordaje pudiera generar, no obliga a los jueces. Lo actuado en la sumaria investigación es tan solo un medio de prueba en el proceso civil que se pueda instaurar, que puede ser importante en la medida en que se ha realizado en fecha cercana al abordaje y que el perito naval haya actuado correctamente. En tal caso, el juez puede seguir las conclusiones de la investigación sumaria, no porque esté obligado sino porque esa prueba le ha creado convicción. Sin embargo, el juez tendrá siempre la libertad de valorar dicha prueba en conjunción con las demás pruebas que las partes puedan producir en el proceso. Algunos jueces civiles, no la mayoría, por cierto, se han considerado obligados a seguir el pronunciamiento de la autoridad marítima, alegando equivocadamente que primero debe dejarse sin efecto ese pronunciamiento mediante la acción contencioso administrativa, sin advertir que son ellos los que tienen competencia exclusiva para determinar la responsabilidad civil que el abordaje pudiera generar. Salvando la distancia, lo actuado en la investigación sumaria y el pronunciamiento de la autoridad marítima respecto de la responsabilidad por el abordaje, equivalen a los partes policiales que se generan con ocasión de la investigación que realiza la policía respecto de los accidentes de tránsito.

El sistema de responsabilidad que sigue el Código de Comercio es el sistema tradicional. El abordaje imputable a ambos buques o por culpa concurrente es el que más críticas ha recibido. Se dice que este sistema puede dar lugar a resultados injustos, ya que establece que cada buque debe soportar sus propios daños sin tener en cuenta el mayor o menor grado de culpa de uno y otro.

Supongamos un abordaje entre el buque «A» de 100 000 toneladas y el buque «B» de 300 toneladas, en el que el buque «A» tiene el 90% de la culpa. Lo más probable es que a consecuencia de ese abordaje el buque «B» naufrague, mientras que el buque «A» solo sufra una ligera abolladura, no obstante lo cual el armador del buque «B» tiene que soportar su propio daño, esto es, la pérdida de su buque, sin derecho a exigir resarcimiento del armador del buque «A».

La convención internacional de Bruselas de 1910 para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje abandonó este sistema e introdujo el principio de la proporcionalidad de culpas, conforme al cual si el abordaje fuese imputable a dos o más buques, la responsabilidad de cada uno de los buques será proporcional a la gravedad de la falta que respectivamente hayan cometido, y solo cuando no sea posible determinar el grado de responsabilidad de cada uno o si las faltas aparecen equivalentes, la responsabilidad se compartirá por partes iguales.

Los buques culpables serán solidariamente responsables de las indemnizaciones por muerte o lesiones corporales, sin perjuicio del derecho de cada uno a repetir contra los otros lo que hubiese pagado en exceso de su cuota, según la proporción de culpa de cada buque.

En el caso de daños ocasionados a los buques, a sus cargamentos, a los efectos u otros bienes de las dotaciones, de los pasajeros o de otras personas que se encuentren a bordo, no hay solidaridad y los daños serán soportados por cada buque de acuerdo al grado de su respectiva culpa. El sistema de la convención de Bruselas de 1910, ha merecido la aceptación de la mayoría de países de la comunidad marítima, pero el Perú no es parte de dicho convenio.

Por consiguiente, en el Perú son de aplicación las normas sobre abordaje que contiene el Código de Comercio y así lo ha reconocido una ejecutoria de la Corte Suprema de 6 de diciembre de 1973, publicada en el número 360 de la *Revista de Jurisprudencia Peruana* de enero de 1974, que señaló «que habiéndose acreditado que el abordaje es imputable a ambas naves, cada una de ellas debe soportar su propio daño y ambas

deben responder solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargas, tal como lo dispone el artículo ochocientos cuarenta del Código de Comercio; que solo cabría recurrir a las disposiciones del Código Civil como supletorias, en todo lo que no se hallase expresamente establecido en la legislación mercantil, lo que no ocurre en el caso de autos [...]».

Las acciones para reclamar indemnización por los abordajes prescriben a los dos años del siniestro, de acuerdo con el artículo 964 del Código de Comercio.

5. PREGUNTAS

1. Explique las diferencias entre la «avería simple» y la «avería gruesa». Dé ejemplos de cada tipo de avería.
2. ¿Qué son y para qué se usan las reglas de York y Amberes?
3. Explique los sistemas de responsabilidad concurrente y de proporcionalidad de culpas en los abordajes marítimos.

Fondo Editorial PUCP

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo, Ignacio (2001). *Curso de Derecho Marítimo*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Beltrán Montiel, Luis (1979). *Curso de Derecho de la Navegación*. Buenos Aires: Astrea.
- Berlingieri, Francesco (1992). *Arrest of Ships*. Londres: Lloyd's.
- Cámara de los Lores (1973). Sentencia de la cámara de los Lores, juez ponente Lord Diplock, Kenneth. «The Johanna Oldendorff». *Lloyds Law Reports*, 2, 553-561.
- Cámara de los Lores (1982). Sentencia de la Cámara de los Lores, juez ponente Lord Diplock, Kenneth. «The Evia». *Lloyds Law Reports*, 2, 307-322.
- Cornejo, Lino (1943). *Derecho Marítimo Comercial*. Lima: Gil.
- Coviello, Nicolas (1938). *Doctrina General del Derecho Civil*. Ciudad de México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- Chorley, O.C. Giles; N.J.J. Gaskell; C. Debattista & R.J. Swatton (1996). *Chorley & Giles' Shipping Law*. London: Pitman.
- Danjon, Daniel (1934). *Tratado de Derecho Marítimo*. Vol. 3. Madrid: Reus.
- Gamechogoicoechea y Alegría, Francisco (1943). *Tratado de Derecho Marítimo Español*. Vol. V. Bilbao: Grijelmo.
- Garrigues, Joaquín (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. Vol. 5. Bogotá: Temis.

- González Lebrero, Rodolfo (1979). *Manual de Derecho de la Navegación*. Buenos Aires: Depalma.
- Goñi, José Luis (1984). *La hipoteca y los créditos privilegiados*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Marítimo.
- Martínez Jiménez, Isabel (1991). *Los contratos de explotación del buque. Especial referencia al fletamento por tiempo*. Barcelona: Bosch.
- Osterling Parodi, Felipe (1988). *Las obligaciones*. Vol. VI. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Ripert, Georges (1954). *Compendio de Derecho Marítimo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Scrutton, Thomas E (1974). *Charterparties and Bills of Lading*. London: Sweet & Maxwell.
- Tetley, William (2001). *Glossary of Maritime Law Terms*. Montreal: Langlois Gaudreau O'Connor.
- Wilson, John (1993). *Carriage of Goods by Sea*. London: Pitman.
- Zuidwijk, Antonio (2000). *Contenedores, buques y puertos, partes de un sistema de transporte*. <http://www.antonioz.com.ar>. Fecha de consulta 28 de abril de 2016.

Fondo Editorial PUCP

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156, BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

TELÉFONO: 332-3229 / FAX: 424-1582

SE UTILIZARON CARACTERES

ADOBE GARAMOND PRO EN 11 PUNTOS

PARA EL CUERPO DEL TEXTO

MAYO 2017 LIMA - PERÚ

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP