



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**El contrato de fletamento por tiempo como contrato
autónomo dentro de los contratos de utilización del buque**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Edmundo Javier Deville del Aguila

Asesor(es):
Dr. Ernesto Calderón Burneo

Lima, junio de 2020



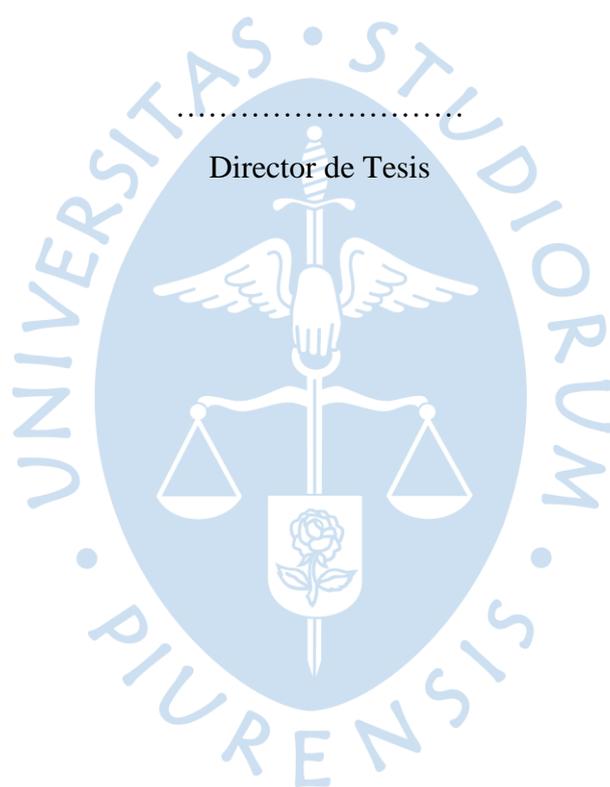
*A mis padres, mi hermano, familia, amigos, profesores y en especial a mi futura esposa;
por la decidida motivación que me brindaron y la inagotable paciencia que
me tuvieron, sin la cual me habría sido mucho más difícil alcanzar el objetivo.*





APROBACIÓN

La tesis titulada “El contrato de fletamento por tiempo como contrato autónomo dentro de los contratos de utilización del buque”, presentada por Edmundo Javier Deville del Aguila, en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Ernesto Calderón Burneo.





RESUMEN ANALÍTICO-INFORMATIVO

El contrato de fletamento por tiempo como contrato autónomo dentro de los contratos de utilización del buque.

Edmundo Javier Deville del Aguila.

Asesor: Dr. Ernesto Calderón Burneo

Tesis de título.

Licenciado en Derecho.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Lima, febrero de 2020.

Palabras clave: Fletamento / Fletamento por tiempo / Fletamento por viaje/ Contrato de transporte marítimo de mercancías/ autonomía / Perú / Tesis / Investigación

Descripción: Tesis de licenciatura en Derecho, perteneciente a la línea de investigación de Derecho Marítimo.

El autor presenta el resultado de la autonomía del contrato de fletamento por tiempo.

Contenido:

El texto de la tesis está dividido en tres capítulos: el primero se refiere al contrato de fletamento por tiempo. El segundo capítulo a los contratos de arrendamiento de buque y fletamento por viaje, y como estos se relacionan con el contrato de fletamento por tiempo. El tercer capítulo se refiere al contrato de transporte marítimo de mercaderías.

Metodología: Método histórico, enfoque interpretativo y analítico.

Conclusiones: Dadas las características y notas definidoras del contrato de fletamento por tiempo y como estas se relacionan con los contratos de arrendamiento de buque, fletamento por viaje y transporte de mercancías por mar, podemos afirmar que, por más que compartan ciertas similitudes entre sí, existen diferencias sustanciales en cuanto a la naturaleza jurídica de cada uno de los contratos mencionados, por lo que consideramos que el contrato de fletamento por tiempo debe ser considerado como un contrato autónomo dentro de los contratos de utilización del buque.

Fuentes: Derecho peruano, derecho comparado, y doctrina nacional e internacional.

Fecha de elaboración de resumen: 20 de febrero de 2020.

ANALYTIC-INFORMATIVE SUMMARY

El contrato de fletamento por tiempo como contrato autónomo dentro de los contratos de utilización del buque.

Edmundo Javier Deville del Aguila.

Asesor: Dr. Ernesto Calderón Burneo

Tesis de título.

Licenciado en Derecho.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Lima, febrero de 2020.

Keywords: Charter/ Time Charter / Voyage Charter/ Carriage of goods by Sea/ Autonomy / Peru / Thesis / Investigation

Description: Bachelor of Law Thesis, Regarding an investigation in the field of maritime Law.

The author presents the result of the investigation regarding the Time Charter autonomy.

Content:

The investigation has been divided into three chapters: the first refers to the Time Charter. Chapter two studies both bareboat charter parties and voyage charter parties and how they relate to the Time Charter. The third chapter studies the contract of carriage of goods by sea and the autonomy of the time charter contract.

Methodology: Historic Method, Interpretative and analytic scope.

Conclusions: Taking into consideration the characteristics of the Time Charter contract, and how they relate to the Bareboat charter party, Voyage charter and the contract of carriage of goods by sea, we are able to confirm that, notwithstanding certain similarities between the studied contracts, there are substantial differences regarding the purpose of each one of them and time charter, therefore we can conclude the time charter is autonomous before the other contracts studied herein.

Sources of information: Peruvian Law, Comparative Law, National and international legal doctrine.

Summary date: February 20, de 2020.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO: EL CONTRATO DE FLETAMENTO POR TIEMPO	3
1.1. Posiciones doctrinales y concepto.....	3
1.2. Naturaleza Jurídica.....	6
1.3. ¿Está el fletamento por tiempo regulado en el Perú?	8
1.4. Obligaciones de las partes.....	9
1.4.1. Obligaciones del Fletante	11
1.4.2. Obligaciones del Fletador.....	29
1.5. Algunos derechos adicionales de las partes	42
1.5.1. Derecho a retirar el buque	42
1.5.2. Derecho del fletante sobre la carga	43
1.5.3. Suspensión del contrato (Off Hire).	46
1.6. Responsabilidad sobre la carga	48
1.7. Término del contrato.....	53
CAPÍTULO SEGUNDO: OTRAS CLASES DE CONTRATO DE FLETAMENTO Y SU RELACIÓN RESPECTO AL CONTRATO DE FLETAMENTO POR TIEMPO	57
2.1. El Contrato de Arrendamiento de Buque	57
2.1.1. Definición.....	58
2.1.2. Naturaleza Jurídica	59
2.1.3. Tipos de contrato de arrendamiento de buque	61
2.1.4. Obligaciones principales de las partes	62
2.1.4.1 Obligaciones del arrendador.....	62
2.1.4.2 Obligaciones del arrendatario.....	65
2.1.5. Diferencias y similitudes entre el fletamento por tiempo y el arrendamiento de buque	69

2.2. El Contrato de Fletamento por Viaje	71
2.2.1. Concepto.....	71
2.2.2. Naturaleza Jurídica.....	72
2.2.3. Obligaciones de las partes	73
2.2.3.1 Obligaciones que se generan durante la etapa en el viaje preliminar.	74
2.2.3.2 Obligaciones que se generan durante la etapa de Carga	78
2.2.3.3 Obligaciones que se generan durante la etapa de viaje al puerto de destino	81
2.2.3.4 Obligaciones que se generan durante la etapa de descarga	81
2.2.4. Plancha y Demoras.....	83
2.2.5. Diferencias y similitudes entre el fletamento por tiempo y el fletamento por viaje.	88
CAPÍTULO TERCERO: ¿FLETAMENTO O TRANSPORTE, ES EL CONTRATO DE FLETAMENTO UN CONTRATO AUTÓNOMO?	93
3.1. Aparición del contrato de transporte de mercancías por mar.....	93
3.2. Definición.....	95
3.3. Naturaleza jurídica	97
3.4. El Contrato de transporte de mercancías por mar como supra-contrato	98
3.5. Particularidades del contrato de transporte de mercancías por mar.....	99
3.5.1. Partes del contrato	99
3.5.2. Conocimiento de embarque.....	104
3.5.3. Obligaciones de las partes	108
3.5.3.1. Obligaciones del Porteador	108
3.5.3.2. Obligaciones del Cargador.....	114

3.6. Diferencias y similitudes entre el contrato de fletamento por tiempo y el contrato de transporte marítimo.....	115
CONCLUSIONES	121
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127





INTRODUCCIÓN

En la actualidad, existe una discusión relativa a la autonomía del contrato de fletamento por tiempo, al menos desde el punto de vista de la doctrina continental, respecto a si éste contrato puede considerarse como un contrato autónomo dentro de los denominados contratos de utilización del buque, o si, por el contrario, el contrato de fletamento por tiempo no es más que un subtipo contractual que puede ser subsumido dentro de alguno de los demás contratos de utilización del buque.

La doctrina mercantilista continental ha elaborado tres posiciones doctrinales al respecto. Por un lado, un sector de la doctrina sostiene que la naturaleza del contrato de fletamento por tiempo dependerá, en último término, de quién asume la prestación de transporte, pudiendo el contrato ser calificado como un contrato de arrendamiento, o bien como un contrato de transporte. Por otra parte, tenemos otro sector que identifica directamente al contrato de fletamento por tiempo con el contrato de transporte de mercaderías. Finalmente, un sector reducido de autores sostiene que contrato de fletamento debe ser considerado como un contrato autónomo dentro de los denominados contratos de explotación del buque.

En el caso peruano, la falta de investigación y jurisprudencia al respecto hacen que en nuestro país no se tenga una posición doctrinal definida. A ello, debemos sumarle la antigüedad de las normas que regula los contratos de explotación del buque en el Perú. Como se sabe, nuestro vetusto Código de Comercio está próximo a cumplir 120 años de promulgación y como uno puede imaginar, mucho ha cambiado en el ámbito del tráfico marítimo en los años que lleva promulgado nuestro Código de Comercio, cambios que van desde las técnicas y materiales empleados en la construcción naval, tecnología de propulsión y comunicación de los buques, hasta la aparición de grandes empresas navieras globales y personas (naturales y jurídicas) que se dedican al transporte marítimo sin ser propietarios de buques, entre otros. Cambios que han llevado a la aparición de nuevas figuras contractuales que nuestra legislación no ha podido incorporar y que no han sido considerados prioritarios por nuestros legisladores.

La situación descrita líneas arriba, no hace sino describir un escenario que podríamos describir como de crisis del derecho marítimo peruano relativa a los contratos de explotación del buque, puesto que no se tiene claridad respecto a la autonomía de los contratos de explotación del buque.

En este sentido, por medio del presente trabajo buscaré determinar si el contrato de fletamento por tiempo puede ser considerado como un contrato autónomo frente a los demás contratos de explotación del buque o, si, por el contrario, este puede ser subsumido dentro de alguna otra categoría como sostiene parte de la doctrina.

Para cumplir el objetivo que me propongo, analizaré las características típicas del contrato de Fletamento por Tiempo, para posteriormente evaluar como este contrato se relaciona con el contrato de arrendamiento de buque (también conocido como fletamento a casco desnudo); con el contrato de fletamento por viaje y finalmente con el contrato de transporte de mercancías por mar y así determinar si estamos ante un contrato autónomo o no.



CAPÍTULO PRIMERO:

EL CONTRATO DE FLETAMENTO POR TIEMPO

1.1 Posiciones doctrinales y concepto

Como mencionamos en la introducción del presente trabajo, actualmente existe una discusión relativa al contrato de fletamento por tiempo, referido a si éste debe ser considerado como un contrato autónomo dentro de los denominados contratos de utilización del buque, o si, por el contrario, éste debe ser considerado como una subespecie de alguno de los otros tipos contractuales englobados dentro de la categoría de contratos de utilización del buque. En este punto, debemos precisar que, para resolver esta discusión, únicamente haremos referencia al Derecho Continental pues, desde el punto de vista del *Common Law*, si bien se distinguen los tipos de clásicos de contratos de utilización del buque, identificándolos como contratos autónomos entre sí, algunos de estos se enmarcan dentro de la categoría denominada como “*Contracts of affreightment*”, la que presupone que el fin último de ambos contratos es el efectuar el transporte de bienes¹.

La discusión planteada se deriva de las tres posiciones doctrinales existentes respecto a su naturaleza jurídica del contrato de fletamento por tiempo, discusión aplicable de igual manera para el caso del contrato de fletamento por viaje que trataremos más adelante.

i) En primer lugar, tenemos la posición que denominaremos tesis mixta, para la cual el contrato de fletamento por tiempo podrá ser calificado o bien como un contrato de arrendamiento de buque o bien como un contrato de transporte dependiendo de quién sea el encargado de realizar el transporte. Si el fletante es el obligado a ejecutar el transporte, entonces estaremos ante un contrato de fletamento entendido como transporte; si, por el contrario, es el fletador quien se obliga a efectuar el transporte, entonces estaremos ante un contrato de fletamento entendido como contrato de arrendamiento de buque. Este último escenario podría generarse en los casos en los que el fletador se presenta como porteador, situación que se analizará más adelante. Esta posición es la que mantienen los profesores Joaquín Garrigues y Jesús Rubio.

¹ Wilson, J. (2008). *Carriage of goods by sea*. Harlow. Pearson Longman. Pp. 3

Al respecto, el profesor Rubio² sostiene que “*Se navega para transportar, y, entonces, el contrato es de fletamento equiparado al transporte, o se facilita un buque en condiciones de que pueda navegar y, entonces, es un contrato de arrendamiento de buque.*”

De forma similar, el profesor Garrigues³ manifiesta que “*todas las formas de cesión retribuida de un buque como medio de transporte quedan incluidas bajo la rúbrica general del fletamento*”, a lo que añade “*en todos los casos, la causa del contrato es la misma: la promesa de un resultado por parte del naviero, quien se obliga a realizar el transporte, sea en un solo viaje, sea en varios, sea en lo que quepan dentro de determinado plazo. En todos aquellos casos en los que el transporte como empresa no corre a cargo del naviero o propietario del buque, sino a cargo de quien obtiene el uso de la nave, y la destina a realizar transporte para otros, el contrato, más que fletamento será arrendamiento.*”

Como se puede apreciar, para ambos autores la naturaleza del contrato de fletamento por tiempo dependerá de si es el fletante el que se compromete a transportar o si lo hace el fletador.

ii) En segundo lugar tenemos a la tesis minoritaria, que sostiene la autonomía del contrato de fletamento por tiempo frente a los demás contratos de utilización del buque. Los autores que defienden esta tesis sostienen que, en el contrato de fletamento por tiempo, el fletante no se compromete a realizar una actividad de transporte, sino que únicamente se obliga a poner un buque a disposición del fletador y a hacerlo navegar según lo requiera este último. Es decir, quienes defienden esta tesis mantienen que, en el marco del contrato de fletamento por tiempo, se produce una división entre la empresa de navegación y la empresa de transporte, donde el fletante queda a cargo de la primera y el fletador, en la medida que decida emplear el buque para transportar, quedará a cargo de la segunda. En este sentido, el fletante no se compromete a efectuar el transporte de mercaderías sino únicamente a poner un buque a disposición y a navegar cuando lo ordene el fletador, motivo por el cual la tesis minoritaria sostiene que el contrato de fletamento puede ser empelado para fines distintos al transporte, como lo son el tendido de cables subacuáticos, limpieza de radas, pesca, apoyo a operaciones en altamar, empleo de buques como almacenes flotantes; etc.

² Rubio, J. (1953). *El Fletamento en el Derecho Español*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Pp. 85-86.

³ Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil, Tomo V*. Colombia. Temis. Pp. 289.

Esta es, por ejemplo, la posición del profesor Ignacio Arroyo, quien conceptualiza el contrato de fletamento por tiempo de la siguiente manera⁴: “*El fletamento por tiempo es un contrato que tiene por objeto, la navegación de un buque, durante un cierto tiempo, a cambio de una contraprestación económica denominada flete*”

Como se puede apreciar, la definición del profesor Arroyo, no hace referencia a la obligación de transportar. Únicamente se toma en cuenta la obligación del fletante de navegar.

Defienden esta tesis también los profesores Fernando Sánchez Calero⁵ y José Luis García-Pita y Lastres⁶.

iii) Finalmente, tenemos la tesis mayoritaria, para la cual el contrato de fletamento no es más que una subespecie del contrato de transporte marítimo. Los autores que defienden esta tesis⁷ definen al fletamento por tiempo como “*aquel contrato por el cual, el fletante se compromete a poner su buque en estado de navegabilidad a disposición del fletador, con el fin de cumplir los servicios de transporte que éste ordene durante el periodo que dure el contrato.*”⁸

Para este sector de la doctrina, la división entre empresa de navegación y empresa de transporte planteada por la doctrina minoritaria, sin bien podría existir a nivel teórico, no tiene asidero en la realidad, en tanto se trataría de un exceso teorizador. Lo anterior se ve reflejado por la siguiente frase: “*no se promete navegar, sino navegar para transportar.*”⁹

⁴ Arroyo, I. (2005). *Curso de Derecho Marítimo*. Navarra. Editorial Aranzadi, SA. Pp. 434-435.

⁵ Sánchez Calero, F. (2010). *El contrato de Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam)*. Navarra. Aranzadi. Pp. 144.

⁶ García-Pita, J.L. (2013). “*Contratos Náuticos y Estructura Fractal de las normas jurídicas (Fletamento vs. Transporte Marítimo de Mercancías: Del contrato a la institución)*”. Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Volumen 14.

⁷ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. (1997) *Manual de derecho del transporte Marítimo*. Vitoria-Gasteiz. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Pp. 72; Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. (2002) *Manual del Derecho de la Navegación Marítima*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Pp. 467; y, Martínez, M^a. I. (1991). *Los Contratos de explotación del buque. Especial referencia al Fletamento por Tiempo*. Barcelona. Bosch. Pp. 425.

⁸ Martínez, M^a. I. op.cit Pp. 425

⁹ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 34

En este sentido, se puede afirmar que la tesis mayoritaria centra su argumento en el hecho que, en la realidad práctica del contrato, la división entre empresa de navegación y empresa de transporte que defiende la doctrina minoritaria no se da y que, en todos los casos, cuando alguien fleta un buque, lo hace únicamente con la intención de transportar.

De las definiciones proporcionadas por la tesis mayoritaria y la minoritaria podemos identificar los elementos esenciales que caracterizan al contrato de fletamento por tiempo, estos son:

- i) En primer lugar, la obligación principal del fletante, la cual consiste en poner un buque en condiciones de navegabilidad, a disposición del fletador, para que este lo emplee según lo requiera de acuerdo a los términos del contrato.
- ii) En segundo lugar, tenemos la temporalidad del contrato. El contrato de fletamento por tiempo, tal como su nombre lo anticipa, consiste en poner a disposición el buque de manera continuada a favor del fletador por un tiempo determinado.
- iii) Finalmente, el tercer elemento es la contraprestación que el fletador debe pagar por la disposición del buque. Esta contraprestación es denominada flete y representa la obligación principal del fletador.

En este punto no consideraremos la tesis mixta que sigue el profesor Rubio y el profesor Garrigues, dado que esta no provee una definición de contrato de fletamento por tiempo, en la medida que simplemente lo asimila al contrato de arrendamiento de buque o bien al contrato de transporte marítimo. En este sentido, de las definiciones que hemos reproducido líneas arriba, podemos determinar los tres elementos esenciales del contrato de fletamento por tiempo.

1.2 Naturaleza jurídica

Los conceptos que hemos reproducido tanto de la tesis mayoritaria como de la minoritaria, además de ayudarnos a determinar los elementos esenciales del contrato, nos dan información importante para poder determinar la naturaleza jurídica de dicho contrato. De acuerdo a estos conceptos, podemos afirmar que el contrato de fletamento por tiempo puede asimilarse al contrato de locación de servicios, regulado en los artículos 1764 y siguientes del

Código Civil, donde el “servicio” ofrecido por el fletante variará dependiendo tesis que se adopte.

Si lo evaluamos desde la óptica de la tesis minoritaria, el servicio ofrecido será la puesta a disposición del buque en condiciones de navegabilidad, lo cual incluye la facultad del fletador de dar órdenes al capitán del buque cuando así lo requiera este. Si por el contrario evaluamos el contrato desde el punto de vista de la tesis mayoritaria, tendremos que el servicio ofrecido será la puesta a disposición de un buque en condiciones de navegabilidad para realizar el transporte de carga.

Adicionalmente, a fin de determinar la naturaleza jurídica del contrato debemos evaluar también lo establecido en las distintas pólizas de fletamento por tiempo. Las pólizas, “BALTIME¹⁰”, “NYPE 2015¹¹” y “SHELLTIME 4¹²”, contienen un clausulado similar, en el cual se emplea la frase “cesión del buque en alquiler” para referirse a la obligación que pesa sobre el fletante de poner el buque a disposición del fletante, lo que podría llevar a pensar que la naturaleza jurídica del contrato de fletamento por tiempo no es la de una locación de servicios sino que estaríamos ante un arrendamiento de bien mueble.

Al respecto, el artículo 1666 del Código Civil que regula el contrato de arrendamiento establece lo siguiente: *“Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.”*

Si bien pareciera existir cierta similitud, en este punto debemos precisar que, en el contrato de fletamento por tiempo, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de arrendamiento (sea de buque o no), no existe una cesión de la posesión del buque a favor del fletador, lo que es una nota característica del contrato de arrendamiento, tal y como viene regulado en el artículo 1678, que establece la entrega del bien como la obligación principal del arrendador. En el contrato de fletamento por tiempo, el fletante nunca pierde la posesión del buque, en tanto la ejerce a través del capitán, quien se encuentra en todo momento bajo su mando, ni el control sobre la tripulación del buque. Es decir, el fletante mantiene lo que se denomina como gestión

¹⁰ “1. The owner let and the Charters hire the vessel for a period of the number calendar months indicated in Box 14 (...)”.

¹¹ “(a) The Owners agree to let, and the Charters agree to hire (...)”.

¹² “4. Owners agree to let and Charters agree to hire the vessel for a period (...)”.

náutica del buque. La gestión náutica hace referencia a todas las órdenes relativas a la navegación del buque, sobre las cuales el fletador no tiene ninguna injerencia. El fletador, por su parte, adquiere el control sobre la gestión comercial del buque, esto es, la capacidad de emplear el buque de acuerdo sus requerimientos, estando autorizado a dar órdenes respecto al empleo comercial del mismo. Es por ello que no sería posible entender el contrato de fletamento por tiempo como un simple arrendamiento de cosa.

Por otro lado, el objeto sobre el cual recae la ejecución del contrato dependerá de la tesis que se adopte. Por un lado, para la tesis minoritaria, el objeto sobre el cual recae la ejecución del contrato de fletamento por tiempo es el buque. Por otro, para la tesis mayoritaria, el objeto sobre el cual recaerá la prestación principal será la mercancía a ser transportada, en tanto sostiene que el *opus* asumido por el fletante en el contrato de fletamento por tiempo es el transporte de mercaderías.

1.3 ¿Está el fletamento por tiempo regulado en el Perú?

Antes de pasar a analizar si el contrato de fletamento por tiempo está regulado en nuestro Código de Comercio, es importante situarnos en la época en la que éste fue promulgado. El Código de Comercio peruano (en adelante, “CdC PE”) fue promulgado el 15 de febrero de 1902, entrando en vigencia el día 01 de julio del mismo año. Tal y como menciona el profesor García-Pita¹³, el CdC PE “sigue con fidelidad”, por no decir que copia de forma casi idéntica, la redacción del Código de Comercio español (en adelante, “CdC ES”) del año 1885.

Ahora bien, respecto a la pregunta planteada, gran parte de la doctrina española, afirma que el contrato de fletamento por tiempo no se encuentra regulado en el CdC ES de 1885, y por consiguiente tampoco se encuentra regulado en el CdC PE, sino que ambos códigos únicamente contemplaron el contrato de fletamento por viaje, y es un contrato de fletamento por viaje entendido como contrato de transporte marítimo. Los autores¹⁴ afirman que el fletamento por tiempo no se encuentra regulado en el CdC PE pues al momento de su promulgación, la figura

¹³ García-Pita, J.L. *Contratos Náuticos y Estructura...* Op.cit. Pp. 129.

¹⁴ Al respecto y afirmando que el contrato de fletamento por tiempo no se encuentra regulado en el Código de Comercio se manifiestan: Arroyo, I. Op.cit. Pp. 456-457; García-Pita, J.L. *Contratos Náuticos y Estructura...* Op.cit. Pp. 129; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 73-74; Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. Op.cit. Pp. 467 y Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 260-261; Alcántara; J.M. (2018). *El contrato de fletamento por tiempo*. En “Los contratos sobre el buque en Derecho español. Análisis práctico”. Madrid. Editorial Dykinson. Pp. 88.

del fletamento por tiempo, entendido como aquel contrato en virtud del cual el fletador por un buque a disposición del fletador por un tiempo determinado, bien con el objetivo de hacerlo navegar, bien con el objetivo de transportar mercancías, dependiendo la postura doctrinal que se adopte, aún no se encontraba difundido, motivo por el cual, como bien afirma la doctora Martínez Jiménez¹⁵, los demás códigos decimonónicos tampoco contemplaban el contrato.

En este punto debemos hacer una precisión respecto lo establecido en el artículo 665, numeral 8 y en el artículo 671, numeral 2 del CdC PE, pues ambos artículos hacen referencia al cálculo del flete por unidad de tiempo, lo que podría llevar a considerar que el contrato de fletamento por tiempo si se encuentra regulado en el CdC PE. Al respecto, la doctrina ha entendido que se trata simplemente de una posibilidad de pactar el flete por unidad de tiempo dentro del contrato de fletamento por viaje, es decir que se cobrará el flete en función al tiempo que tome realizar el viaje concreto.

Teniendo en cuenta que la doctrina es pacífica en admitir que el contrato de fletamento por tiempo no está regulado en el código, la discusión que existe se centra en cómo deben ser aplicados los preceptos del CdC PE al contrato de fletamento por tiempo. Por un lado, los defensores de la tesis mayoritaria entienden que, en tanto el contrato de fletamento persigue fines de transporte, al igual que el contrato de fletamento por viaje regulado en el CdC PE, se deben aplicar de manera directa los preceptos del CdC PE al contrato de fletamento por tiempo. Por el otro lado, para los defensores de la tesis minoritaria, la aplicación de los preceptos del CdC PE que se refieren al contrato de fletamento por viaje, deberá realizar únicamente por vía analógica, pudiendo aplicarse únicamente en aquellos supuestos en los que haya identidad entre ambos contratos.

1.4 Obligaciones de las partes

De los conceptos que proporcionan tanto la tesis mayoritaria como la minoritaria, podemos identificar algunas de las obligaciones de cada una de las partes que intervienen en el contrato. De esta manera, tenemos que la obligación principal del fletante es la de poner a disposición del fletador un buque en condiciones de navegabilidad por un tiempo determinado.

¹⁵ Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 39.

Mientras que la obligación principal del fletador es el pago de la “retribución” al favor del fletante, que en el marco del contrato de fletamento por tiempo se denomina “flete”.

Sin perjuicio de haber identificado las obligaciones principales de cada una de las partes, existen otras obligaciones que nacen a raíz de la celebración del contrato, algunas de las cuales revisten de tal importancia que su incumplimiento faculta a la parte afectada a resolver el contrato de pleno derecho, sin importar la magnitud de tal incumplimiento. Al respecto, el Derecho Inglés ha creado una clasificación para las obligaciones del contrato, con la finalidad de determinar si nos encontramos ante obligaciones “vitales” para el contrato o no. En este sentido, antes de pasar a estudiar las obligaciones específicas de las partes en el contrato de fletamento por tiempo, consideramos importante estudiar brevemente esta clasificación creada por el Derecho Inglés pues permite identificar si estamos ante una obligación fundamental para el desarrollo del contrato o no.

Por un lado, tenemos aquellas obligaciones que son denominadas “*conditions*”. Éstas son aquellas obligaciones que se consideran indispensables para la ejecución del contrato, por lo que el más mínimo incumplimiento facultaría a la parte afectada a resolver el contrato, sin importar si la parte que incumple se encontraba en la capacidad de subsanar el incumplimiento o no.¹⁶

Por otra parte, tenemos aquellos términos del contrato cuyo cumplimiento no sería de vital importancia para la subsistencia del contrato, y cuyo incumplimiento únicamente facultarían a la parte afectada a reclamar el pago de daños. Estas son denominadas como “*warranties*”¹⁷.

Finalmente, existen algunas obligaciones cuya importancia se determinará en el caso concreto. Las obligaciones que se encuentran dentro de esta categoría son denominadas

¹⁶ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 80 y ss.

¹⁷ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. (2014). *Time Charters*. Abingdon. Informa Law from Routledge. Pp. 772.

“*innominate terms* o *intermediate term*”¹⁸. Como explica Paul Todd¹⁹, el incumplimiento de un *innominate term* podría facultar a la parte afectada a resolver el contrato únicamente en aquellos casos en los que el incumplimiento sea lo suficientemente grave como para frustrar la aventura marítima.

En este sentido, una obligación calificada como *innominate term* deberá ser evaluada en cada caso a fin de determinar si esta reviste de tal importancia que su incumplimiento efectivamente frustraría los objetivos del contrato de fletamento. De determinarse que el objetivo del contrato se ha visto frustrado, entonces la parte afectada podrá resolver el contrato, esto sin perjuicio del pago de los daños y perjuicios que le puedan corresponder. En caso se determine que el incumplimiento no frustra el contrato, la parte afectada sólo podrá reclamar daños.

1.4.1 Obligaciones del Fletante. Del estudio del contrato de fletamento por tiempo y de la revisión de distintas pólizas tipo hemos podido identificar cinco obligaciones que recaen sobre el fletante, estas son: (i) Puesta a disposición del buque; (ii) Mantenimiento del buque; (iii) Efectuar la cesión comercial del buque y cubrir los gastos relacionados con la gestión náutica; (iv) Realizar los viajes ordenados por el fletador; y (v) Colaboración.

1.4.1.1 La puesta a disposición del buque. En los contratos de explotación del buque, el buque constituye el objeto mismo del contrato y por la tanto, parte fundamental del mismo, toda vez que sin él, el contrato carece de sentido. En este sentido, podemos afirmar que, desde el punto de vista de la doctrina minoritaria, la puesta a disposición del mismo se convierte en

¹⁸ El concepto de los “Innominate Terms” fue empleado por primera vez en la sentencia del caso “Hong Kong Fir” de 1961. *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1961] EWCA Civ 7 (20 December 1961). El caso “Hong Kong Fir” se refiere a un contrato de fletamento por tiempo sobre el buque llamado “Hong Kong Fir” que fue fletado por un periodo de 24 meses bajo una póliza Baltimore. El buque fue puesto a disposición el día 12 de febrero 1957 en Liverpool. Se le ordenó al buque dirigirse al puerto de Osaka, viaje que duraría aproximadamente dos meses. Debido a que la edad del buque, este necesitaba de un equipo de ingenieros competentes. El fletante puso a disposición el buque con un número insuficiente de ingenieros calificados para operar la maquinaria del buque, lo que llevó al buque a entrar a tener múltiples fallas en los motores, ocasionando que el buque llegara a Osaka el 25 de mayo de 1957, debiendo incluso entrar a dique en Osaka para reparaciones que culminaron el día 15 de setiembre de 1957, en el intermedio, el día 06 de junio de 1957, los fletadores decidieron resolver el contrato. Los jueces de la Corte de Apelaciones decretaron que, si bien el fletante había incumplido la obligación de poner el buque en condiciones de navegabilidad, esta no era de tal magnitud para frustrar el fin comercial del contrato. En este sentido, el juez Upjohn en caso de incumplimiento se deberá responder a la pregunta ¿El incumpliendo es tan grave que llega a la “raíz” del contrato, haciendo que el objetivo comercial del contrato sea inalcanzable?, de ser la respuesta afirmativa entonces la parte afectada podrá resolver el contrato.

¹⁹ Todd, P. (1988). *Contracts for the carriage of goods by sea*. Oxford. BSP Professional Books. Pp. 27

la obligación principal del fletante, mientras que para la tesis mayoritaria esta obligación es accesoria al cumplimiento de la obligación de realizar el transporte de las mercancías. En la doctrina inglesa, la puesta a disposición del buque es conocida como “*delivery of the ship*” o simplemente “*delivery*”.

Independientemente de lo anterior, el cumplimiento de esta obligación por parte del fletante, suele marcar el inicio del contrato de fletamento. A partir de la puesta a disposición, el fletador está autorizado a dar órdenes respecto al empleo comercial del buque de acuerdo a lo que este requiera, siempre cumpliendo con los demás términos del contrato. Es decir, será el momento a partir del cual el fletador puede “disponer”²⁰ del buque. Solo cuando el fletador puede disponer del buque es que se da inicio al plazo del contrato²¹.

Lo anterior ha sido recogido por la jurisprudencia inglesa en el caso “The Madeleine”²², donde el Juez Roskill manifestó lo siguiente:

“An owner delivers a ship to a time charter under this form of charter-party by placing her at the charterers disposal and placing the services of the master, officers and crew at the charterers’ disposal, so that the charterers may thenceforth give orders ... as to the employment of the vessel (...)”

El cumplimiento de la obligación de poner al buque a disposición no implica únicamente que el fletante le permita al fletador disponer del buque, sino que implica el cumplimiento de tres obligaciones que en conjunto conforman la obligación de poner el buque a disposición. Estas son: i) la descripción del buque; ii) poner un buque a disposición en condiciones de navegabilidad y; iii) efectuar la entrega del buque.

i) La descripción del buque: Una de las características que comparten todas las pólizas de fletamento por tiempo es la extensa precisión con la que se detalla el buque fletado. Por ejemplo, pólizas como la LINERTIME 2015, BALTIME 1939, NYPE 2015, BOXTIME 2004 buscan detallar el buque de la manera más precisa posible, incluyendo datos como la

²⁰La palabra disponer debe entenderse como la posibilidad de dar órdenes respecto a la operación comercial del buque. En ningún caso debe entenderse en el sentido que el fletador cuenta con un derecho de disposición ilimitada sobre el buque.

²¹ Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 280.

²² “The Madeleine”, [1967] 2 Lloyd's Rep. 224.

capacidad total de carga del buque (“*deadweight*”)²³, velocidad promedio, consumo de combustible promedio, así como el nombre, clase y bandera del buque. En algunas pólizas, como en la SUPPLYTIME 2017 se llega a incluir una anotación respecto de si el buque fletado está en capacidad de ser empleado para operaciones con vehículos submarinos operados remotamente (ROV por sus siglas en inglés) y si el buque está en capacidad de ser empleado como plataforma de buceo.

Este interés de las pólizas de fletamento por tiempo de proporcionar el mayor detalle posible respecto al buque se debe a que todos estos datos son de vital importancia para que el fletador evalúe la viabilidad económica del negocio, en tanto éste asume determinados gastos relacionados con la explotación comercial del buque. Dado que el fletador tiene la potestad de ordenar al buque y emplearlo como el mejor considere, es obligación del fletador el asumir los gastos que implica el empleo comercial del buque. En tal sentido, serán de cuenta del fletador, los gastos relacionados al consumo de combustible, el pago de derechos portuarios, gastos relacionados con la carga y descarga.

Este reparto de gastos no se observa en el caso de un contrato de fletamento por viaje o un contrato de transporte de mercancías, en los cuales dichos gastos se encuentran considerados dentro del flete cobrado por el fletante o porteador respectivamente.

Al respecto, consideramos que es posible aplicar al contrato de fletamento por tiempo el artículo 665 del CdC PE, el cual detalla las formalidades del Contrato de fletamento y el contenido de la póliza. En dicho artículo se establece que en la póliza de fletamento, además de las condiciones que pudieran haber sido pactados por las partes, deberá contener la siguiente información: clase, nombre y porte del buque; pabellón y puerto de matrícula, la cabida del buque, entre otros.

Es tan importante la descripción del buque para el fletador que algunas de las características del buque pueden ser consideradas como “*conditions*”, mientras que otras

²³ A fin de evitar discusiones relacionadas con la capacidad de carga, el tráfico ha creado una serie de términos que buscan reducir el nivel de confusión que puede generar la palabra “*deadweight*” cuando se emplea para determinar la capacidad de carga del buque. Por un lado, tenemos el término “*deadweight all told*” o Dwat, que se emplea para describir la capacidad total de peso que puede cargar el buque. Parte de dicho peso debe estar reservado para el combustible y los pertrechos. Por otra parte, tenemos el término “*deadweight cargo capacity*” o Dwcc que corresponde a la capacidad útil de carga. Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp 178.

considero que deben ser consideradas como “*innominate terms*”. Veamos por ejemplo el caso del nombre del buque. Teniendo en cuenta que el contrato de fletamento por tiempo se celebra sobre un buque en concreto, coincidimos con Ruiz Soroa, Zabaleta y González²⁴, en afirmar que el nombre del buque fletado debe ser considerado como una *condition*.

Por otro lado, y por más que el artículo 665 del CdC PE lo incluya de manera obligatoria en la póliza de fletamento, consideramos que el pabellón y su puerto de matrícula debe ser considerado como un *innominate term*, esto en tanto el incumplimiento de dicho punto no necesariamente va a afectar y menos frustrar la aventura marítima, por lo que se deberá evaluar el caso concreto.

Respecto a las descripciones relacionadas con la velocidad, consumo, capacidad de carga, coincidimos con Paul Todd²⁵, para quien estas descripciones del buque deben ser consideradas como *innominate terms*, puesto que, en determinados casos, el incumplimiento de la descripción puede ser tan grave que podría frustrar el sentido económico del contrato. Lo anterior sucedería si, por ejemplo, la velocidad promedio especificada en la póliza es bastante mayor a la que realmente el buque puede sostener. Esto podría llevar al fletador a realizar el cálculo de la aventura sobre la base un número de viajes posibles equivocado, los cuales no podrá realizar debido a que el buque no puede sostener la velocidad ofrecida, lo cual podría llevar a la frustración del contrato.

Teniendo en cuenta las consecuencias que podría tener el incumplimiento de las descripciones del buque, y la cantidad de factores externos que podrían afectar su cumplimiento, la mayoría de pólizas de fletamento emplea la palabra “aproximadamente” (“*about*”), con la finalidad de establecer un margen razonable a las afirmaciones que se incluyen en la póliza. La palabra *about* es empleada al momento de hacer referencia a puntos como consumo de combustible, velocidad promedio del buque, capacidad de carga, entre otros. Por ejemplo, la casilla número 6 de la póliza BOXTIME 2004 emplea la palabra *about* cuando se refiere a la velocidad²⁶ del buque y al consumo de combustible en las siguientes condiciones: “*On Summer DWT fully laden in good weather, max windspeed 4Bft, max. Douglas Sea State 3*”.

²⁴ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 81

²⁵ Todd, P. Op.cit. Pp. 46

²⁶ “*Speed capability in knots (about)*”

- ii) Poner un buque a disposición en condiciones de navegabilidad:

Como hemos mencionado, la obligación principal del fletante es poner a disposición un buque en condiciones de navegabilidad, pero esto genera las siguientes preguntas ¿A qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de navegabilidad? y ¿Qué implica el cumplimiento de esta obligación?

Para iniciar este punto, tomaremos la definición de navegabilidad propuesta por el profesor García-Pita²⁷, quien define la navegabilidad como “Conjunto de condiciones que permiten al buque navegar en condiciones ambientales subóptimas, garantizando razonablemente la seguridad de, como mínimo, las vidas humanas y de los bienes e interés legítimos, ya se hallen abordo o fuera de él”

La definición descrita hace referencia a una cualidad funcional del buque. Es una cualidad que, en palabras del autor²⁸ “alude a la aptitud del buque para hacer frente a los riesgos de la navegación (...).”

La doctrina²⁹ sostiene que esta aptitud para navegar consiste de tres aspectos distintos:

- a) En primer lugar, tenemos la navegabilidad en sentido técnico o absoluto, también llamada “*seaworthiness*”, la misma que se refiere a la obligación del fletante de asegurar que el estado general del buque permita una navegación segura, es decir, le permita navegar y superar los peligros ordinarios a los que se pudiera ver expuesto. Se encuentran comprendidos dentro de este punto la condición del casco, maquinarias, los pertrechos del buque, la estabilidad del buque, y en general todos aquellos aspectos relativos al buque que pudieran afectar su capacidad de emprender la travesía marítima con seguridad.

²⁷ García-Pita, J.L. (2018). “*La responsabilidad del armador fletante y del armador porteador, por falta de navegabilidad*”. En “El derecho marítimo de los nuevos tiempos”. Navarra. Thomson Reuters-Civitas. Pp. 377.

²⁸ García-Pita, J.L. *La responsabilidad del armador...* Op.cit. Pp. 362-363.

²⁹ Al respecto, Gorton, L., Ihre, R., Sandevam, A. (1984). *Shipbroking and chartering practice*. Londres. Lloyd's of London Press Ltd. Pp. 146; Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 269-271; García-Pita, J.L. *La responsabilidad del armador...* Op.cit. Pp. 370-371.

- b) El segundo aspecto de la navegabilidad es aquella denominada como navegabilidad en sentido relativo o “*cargoworthiness*”. Este aspecto implica que el buque se encuentre preparado para recibir y transportar la carga acordada. Este aspecto implica que el buque cuente con todos los medios para transportar dicha carga, para lo cual sus bodegas, cámaras frigoríficas, medios de carga y descarga deberán encontrarse en buenas condiciones, incluyendo la correcta limpieza del buque.
- c) Finalmente, tenemos el aspecto de la navegabilidad respecto al viaje específico. Este aspecto se refiere a la aptitud del buque para poder ejecutar el viaje acordado. Es decir, el buque deberá estar correctamente equipado y pertrechado para poder efectuar el viaje específico.

Cada aspecto de la navegabilidad implica un nivel de aptitud del buque más específico. Esto se debe al hecho que, un buque puede encontrarse en condiciones de navegabilidad desde el punto de técnico, sin embargo, puede no estarlo desde el punto de vista relativo o del viaje específico. Un ejemplo de esto se dio en el caso “*Stanton vs. Richardson*”³⁰, donde se fletó un buque para transportar azúcar. De acuerdo a lo establecido en la póliza, el buque podía cargar azúcar seca o azúcar mojado. Teniendo esto en cuenta, el fletador decidió cargar azúcar mojada. Al llegar al puerto de descarga, se descubrió que las bombas de descarga del buque, si bien se encontraban en la capacidad de descargar cualquier otra carga ordinaria, no eran capaces de realizar la descarga del azúcar mojado. En este caso, el buque, visto desde el punto de vista técnico, se encontraba en condición de navegabilidad, sin embargo, no cumplía con el aspecto relativo de la navegabilidad, en tanto no estaba en condiciones de recibir la carga de azúcar mojado. De lo anterior se puede concluir que la navegabilidad del buque deberá evaluarse teniendo en cuenta los tres aspectos antes descritos y en cada caso concreto.

Desde el punto de vista del Derecho Angloamericano³¹, la obligación de poner a disposición un buque en condiciones de navegabilidad, es una obligación absoluta, siendo que el fletante será responsable de la innavegabilidad del buque, incluso en aquellos casos que hubiese actuado de forma diligente para asegurarla. Por el contrario, las Reglas de La Haya establecen la obligación de navegabilidad como una obligación de debida diligencia. Hacemos referencia a las Reglas de La Haya pues, si bien es cierto que estas no son aplicables a los

³⁰ *Stanton vs. Richardson* (1875) LR 9 CP 390

³¹ Wilson, J. Op.cit. Pp. 9-10.

contratos de fletamento, como bien lo establece el segundo párrafo del artículo 5 de tal cuerpo normativo, usualmente estas normas se incluyen en las pólizas por acuerdo de las partes, o son aplicables debido a la emisión de un conocimiento de embarque por parte o en nombre del fletante, cambiando el estándar de la obligación hacia una de debida diligencia, respecto al tenedor del conocimiento de embarque.

Por su parte, el CdC PE considera la obligación de poner el buque en condiciones de navegabilidad como una obligación absoluta, en tanto de acuerdo a su artículo 679, el capitán, y por ende el fletante, perderá el flete y además deberá indemnizar al fletador en caso se demuestre que el buque no se encontraba en condiciones de navegabilidad al recibir la carga del fletador.

La doctrina³² sostiene que estamos ante garantía inicial de navegabilidad. El fletante debe asegurar que el buque se encuentra en condiciones de navegabilidad al momento de ponerlo a disposición del buque del fletador y esta se cumple una vez se el buque hubiese sido aceptado por el fletador. Esta garantía inicial de navegabilidad se encuentra recogida en distintas pólizas de fletamento por tiempo, tales como la NYPE 2015, que recoge esta obligación en su Cláusula 2, literal b)³³ según la cual, al momento de la puesta a disposición del buque, este deberá encontrarse en condiciones de navegabilidad y deberá ser capaz de ser empleado para el servicio deseado. La póliza BALTIME 1939 hace lo propio, estableciendo en su Cláusula 1 que el buque al momento de ser puesto a disposición, deberá estar en condiciones de para realizar el servicio de carga ordinario.

Muchas otras pólizas como la ROPAXTIME, la SUPPLYTIME 2017, la BOXTIME 2004, LINERTIME 2015, entre otras, cuentan con redacciones similares. Todas ellas establecen que se trata de una obligación al momento de la puesta a disposición.

Respecto a en qué momento se entiende cumplida la obligación de navegabilidad, podría entenderse que la navegabilidad del buque se evaluara al inicio de cada viaje que se ejecute durante el plazo del contrato y no al inicio del mismo como sostiene la doctrina si aplicamos de

³² Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 272; Wilson, J. Op.cit. Pp. 12; Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 160; Arroyo, I. Op.cit. Pp. 459.

³³ "(b) The Vessel on delivery shall be seaworthy and, in every way, fit to be employed for the intended service (...)"

manera directa el artículo 689 del CdC PE al contrato de fletamento por tiempo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 689 está pensado para los contratos de fletamento por viaje. Según este, el fletador perderá el flete en caso al comienzo del viaje se demuestre que el buque no se encontraba en condiciones de navegabilidad al zarpe.

Teniendo en cuenta que en el caso del fletamento por tiempo existe únicamente una obligación inicial de navegabilidad, podemos decir que el artículo 689 del CdC PE solo puede aplicarse para cuando se detecta una falta de navegabilidad al momento de la puesta a disposición del buque. Cabe resaltar que consideramos que la pérdida del flete no se extenderá por todo el tiempo en el que el buque se encuentra fletado, si no únicamente por el tiempo que dure la innavegabilidad. Al respecto, coincidimos con Ruiz Soroa, Zabaleta y González³⁴ en cuanto sería una carga excesiva en el caso del contrato de fletamento por tiempo, imponer una garantía durante la duración de todo el contrato esto en tanto el fletador cuenta con el buque a su disposición. Más razonable sería una obligación de debida diligencia de mantener el buque en estado de navegabilidad.

En una línea similar se manifiesta Paul Todd³⁵, quien afirma que la garantía de navegabilidad no se extiende a toda la duración del contrato, si no que será suficiente que el buque se encuentre en condiciones de navegabilidad al momento de la puesta a disposición.

Adicionalmente a todo lo mencionado en este punto, debemos agregar que el concepto de “*seaworthiness*” no solo recae sobre los aspectos “físicos” del buque, si no que en adición a estos, debe encontrarse “legalmente apto” para navegar, es decir, el buque debe contar con toda la documentación necesaria para su operación, así como cumplir con todas las normas que regulan su operación, como es el caso del Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques, conocido como “MARPOL” que exige que los buques que transporten petróleo cuyo peso sea igual o mayor a las 5,000 Dwt, deben contar con un doble casco.

En caso el fletante incumpla con su obligación de poner a disposición un buque en condiciones de navegabilidad, el fletador únicamente podrá resolver el contrato, en aquellos casos en los que el incumplimiento sea de tal magnitud que determine la pérdida de la finalidad

³⁴ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 86

³⁵ Todd, P. Op.cit. Pp.131.

de la expedición, esto siguiendo el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones inglesa en el caso Hong Kong Fir, en la que se catalogó esta obligación como un “*innominate term*”³⁶.

Desde el punto de vista del Derecho Peruano, de la redacción del artículo 689 del CdC PE podemos concluir que la obligación de navegabilidad debe ser entendida como una “*warranty*”.

iii) La entrega del buque o “*delivery*”.

En este punto surge la siguiente pregunta ¿Desde qué momento se considera que se ha puesto el buque a disposición del fletador? La respuesta a esta pregunta es de suma importancia para el desarrollo de las obligaciones del contrato. Por una parte, una vez puesto el buque a disposición del fletador, éste podrá comenzar a emplearlo comercialmente de acuerdo a los términos del contrato, pero deberá asumir todos los costos relacionados a la explotación del buque. Asimismo, la puesta a disposición marca el inicio del devengue del flete a favor del fletante.

Para determinar desde cuándo el fletante debe poner al buque a disposición del fletador, debemos remitirnos a lo que establecen las pólizas de fletamento, cuya redacción no es del todo uniforme. Algunas pólizas como la BALTIME 1939, establecen una obligación absoluta sobre el fletante quien tendrá la obligación de poner el buque a disposición del fletador en un horario fijo y en un puerto determinado. De no hacerlo, el fletante incumpliría su obligación, incluso si no tal incumplimiento no fuese su culpa.

Sin embargo, esta redacción puede generar problemas debido a las distintas vicisitudes a las que se encuentra expuesta toda aventura marítima, tales como desvíos por mal tiempo, o cierres y congestión de puertos, entre otra infinidad de factores externos que no pueden ser controlados por ninguna de las partes y que podrían retrasar la entrega del buque. Es por esta razón que muchas pólizas no establecen un día fijo en el que el buque se debe poner a disposición, si no que optan por establecer la fecha máxima en la que el buque puede ser puesto a disposición.

³⁶ Wilson, J. Op.cit. Pp. 14.

Esta cláusula es conocida por la doctrina como “*Cancelling Clause*” y se puede encontrar en muchas pólizas de fletamento por tiempo como por ejemplo: NYPE 2015 Cláusula 3; SHELLTIME 4 Cláusula. 5; BOXTIME 2004 Cláusula. 1.c; LINERTIME 2015 Cláusula. 2, ROPAXTIME Cláusula 1.d; SUPPLYTIME 2017 Cláusula 2.c. Por medio de la *cancelling clause* se establece una fecha máxima en la que el buque debe ser puesto a disposición del fletador, caso contrario este se encontrará facultado para resolver el contrato de manera unilateral.

Podemos decir que la *cancelling clause* debe ser clasificada como una *condition*, puesto que su incumplimiento, autorizará al fletador a resolver el contrato, por más que no medie culpa del fletante. En este sentido, en caso el fletante no cumpla con poner el buque a disposición en la fecha establecida en la póliza, el fletador tendrá la facultad de resolver el contrato, tal y como se puede observar en la redacción de la Póliza NYPE 2015³⁷ según la cual, si el buque no ha sido puesto a disposición del fletador en la fecha establecida, este tendrá la opción de resolver el contrato en cualquier momento, pero no después de la fecha de notificación de puesta a disposición.

Es importante resaltar que hasta que el fletador no haya comunicado su decisión de resolver el contrato, éste seguirá desplegando todos sus efectos legales, por lo que el fletante se encuentra obligado poner el buque a disposición lo antes posible, incluso luego de incumplir la fecha de puesta a disposición³⁸. Por este motivo, la redacción de algunas pólizas protege al fletante, incluso cuando este ha incumplido su obligación, puesto que limita el tiempo que tiene el fletador para decidir si resolverá o no el contrato. Tal es el caso de pólizas como la LINERTIME 2015, la cual establece en su cláusula segunda³⁹ que, en caso sea solicitado por el fletante, el fletador, en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas deberá manifestarse respecto a la continuidad del contrato.

³⁷ “3. *Laydays/Cancelling: If required by the charterers, time on hire shall not commence before _____ (local time) and should the vessel not have been delivered by _____ (local time) at the port or place stated in Sub-clause 2(a), the Charterers shall have the option of cancelling this charter Party at any time but not later than the day of the vessel’s notice of delivery.*”

³⁸ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 433.

³⁹ “2. *Cancelling*

Should the vessel not be delivered by the date indicated in Box 19, the Charterers to have the option of cancelling. If the vessel cannot be delivered by the cancelling date, the Charterers, if required, to declare within 48 hours (Sundays and Holidays excluded) after receiving notice thereof whether they cancel or will take delivery of the vessel.”

Otras pólizas permiten al fletante notificar al fletador que no cumplirán con la fecha pactada de puesta a disposición y le permite proponer una nueva fecha de entrega. En caso el fletador acepte o no se pronuncie al respecto en un plazo que puede variar entre 24 horas y 2 días hábiles, dependiendo de la póliza, se entenderá como nueva fecha de puesta a disposición la propuesta por el fletante. Este es el caso de pólizas como la SUPPLYTIME 2017, BOXTIME 2004, ROPAXTIME, entre otras.

Adicionalmente a la fecha máxima para la puesta a disposición del buque, algunas pólizas establecen que el fletador no está obligado a recibir el buque antes de determinada fecha. A este periodo se le denomina como “*laydays*”. La decisión de no recibir el buque antes de una fecha determinada puede obedecer a muchos factores, como no contar aún con la carga que se pretende transportar, no contar con la liquidez suficiente para sufragar los gastos que implican la operación del buque, encontrarse a la espera de cerrar la venta de la mercadería o la firma de un contrato de servicios de apoyo logístico, entre otras.

Los “*laydays*”, junto con la fecha de cancelación contenida en la “*cancelling clause*”, dan lugar al llamado LAY/CAN o “*delivery window*” en la Doctrina Inglesa⁴⁰. El LAY/CAN refiere a la ventana de tiempo en la que el fletante está obligado a poner a disposición el buque y el fletador está obligado a recibirlo, salvo que el mismo no cumpla con las características detalladas en la póliza o no se encuentre en estado de navegabilidad. Tal ventana de tiempo se puede encontrar en algunas pólizas, como por ejemplo la póliza ROPAXTIME; LINERTIME 2015, NYPE 2015, entre otras.

En algunos casos, las partes del contrato pueden pactar una obligación adicional relacionada con el LAY/CAN, según la cual el fletante, debe precisar la ventana de tiempo del LAY/CAN. A esta obligación se le conoce como “*LAY/CAN narrowing*”. Por ejemplo, en un contrato de fletamento por tiempo se podría pactar que el buque debe ser puesto a disposición entre el 15 de marzo y el 15 de abril. Sin embargo, tal contrato podría establecer que el fletante deberá acotar la ventana a entrega a una de diez días, con una anticipación de al menos 30 días antes de tal fecha. En tal escenario, el fletante deberá determinar una ventana de diez días dentro del periodo de LAY/CAN original. Así, siguiendo en el mismo ejemplo, el fletante podría precisar que el periodo de LAY/CAN se dará entre el 01 y el 10 de abril, cumpliendo así con

⁴⁰ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 147.

su obligación de precisar la fecha de entrega. El incumplimiento de la obligación de precisar el periodo de LAY/CAN facultará al fletador a solicitar una indemnización por daños. Lo anterior tiene sentido si consideramos las cuestiones económicas que se encuentran detrás de la cláusula de LAY/CAN y “*LAY/CAN narrowing*”.

1.4.1.2 Mantenimiento del buque en estado de navegabilidad. Adicionalmente a la obligación del fletante de poner el buque en condiciones navegabilidad a favor del Fletador, la mayoría de pólizas incluye una obligación mediante la cual el fletante está obligado a mantener el buque en dicho estado durante la vigencia contrato. Esta obligación es conocida como “*maintenance clause*”, en la redacción que se emplea en las pólizas. Esta obligación se sustenta en el hecho que lo que busca el fletador es poder emplear el buque durante el mayor tiempo posible, reduciendo al máximo los periodos de tiempo muerto, con la finalidad de generar la rentabilidad esperada.

Algunos ejemplos de pólizas que incluyen la denominada “*maintenance clause*” son, por ejemplo, la póliza NYPE 2015, que en su cláusula sexta⁴¹ establece que el fletante deberá mantener la nave en un estado eficiente respecto a su casco, maquinaria y equipamiento durante el servicio. Similar redacción se puede encontrar en la cláusula cuarta de la Póliza LINERTIME 2015.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en principio, las cláusulas de mantenimiento no están redactadas con el ánimo de ser consideradas como absolutas, sino que por el contrario se incorporan como una cláusula que impone al fletante un deber de ejercer una debida diligencia respecto a mantener el buque en condiciones de navegabilidad durante todo el contrato. De acuerdo a la doctrina⁴², este deber de diligencia impuesto por la cláusula de mantenimiento está compuesto por dos aspectos: el primero es la obligación de mantener un programa de inspecciones y mantenimientos preventivos a fin de asegurar la navegabilidad de la nave; y, la segunda, refiere a que en caso la maquinaria, el equipamiento o el casco se vieran afectados, quedarán dañados o en general, se vieran comprometidos o limitaran la condición de navegabilidad del buque, el fletante deberá realizar las reparaciones que pudieran ser necesarias

⁴¹ “*The Owners (...) shall maintain the vessel’s class and keep her in a thoroughly state in hull, machinery and equipment for and during the service*”

⁴² Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 238.

en un periodo de tiempo diligente⁴³. Algunas pólizas recogen directamente la cláusula de mantenimiento como un deber de diligencia, como es el caso de la Póliza SUPPLYTIME 2017, la cual en sus líneas 79 a 81⁴⁴ establece que el fletante deberá ejercer la debida diligencia para mantener el buque en condiciones de navegabilidad durante todo el periodo del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que, aunque la práctica común reconoce a la cláusula de mantenimiento como un deber de diligencia⁴⁵, al ser el fletamento por tiempo un contrato dispositivo, existe la posibilidad que la redacción de la póliza pueda convertir a la cláusula de mantenimiento en una cláusula “absoluta”, en cuyo caso cualquier falla o desperfecto que sufra el buque, por más pequeño que sea, podría ser considerado como un incumplimiento por parte del fletante.

Consideramos que la cláusula de mantenimiento debe ser considerada como “*intermediate term*”, es decir, el fletador no podrá resolver el contrato por el solo hecho que el buque no conserve sus condiciones de navegabilidad, sino solo en aquellos casos en los que el fletante no tome las medidas necesarias para mantener y/o reparar el buque dentro de un plazo razonable, generando demoras tales que puedan llegar a frustrar el motivo de la aventura marítima. El análisis anterior no será necesario en aquellos casos en los que la redacción de la póliza convierta a tal obligación en una “*condition*”. Se puede afirmar que en aquellos casos en los que el fletante se rehúsa o no actúa diligentemente para remediar las condiciones de innavegabilidad sobrevenida del buque, el fletador podría entender que el fletante está “renunciando” al contrato, autorizando al fletador a resolverlo

En adición a lo anterior y recordando lo mencionado en el punto relativo a la puesta a disposición del buque en condiciones de navegabilidad, la “*maintenance clause*” también se extiende a los aspectos legales y/o documentarios del buque, tal como sucedió en el caso de

⁴³ Este aspecto del ejercicio diligente de la cláusula de mantenimiento puede ser observado en las palabras del juez Greer, J. en el caso *Snia V. Susuki* (1924) 17 L.L.Rep. 78, Pag, 88, quien mencionó que “la obligación de mantener el buque no significa que éste se encontrará en un perfecto estado de navegabilidad durante cada minuto del Contrato, sino por el contrario que, en caso el buque no se encuentre en condiciones de navegabilidad, el fletante deberá tomar las medidas necesarias para corregir dicho evento dentro de un periodo de tiempo razonable.

⁴⁴ “*The owners shall exercise due diligence to maintain the Vessels in such class and in every way fit for the service stated in Clause 6 throughout the period of this Charter Party.*”

⁴⁵ Tal como lo sostuvo el juez Cooke, J., en el caso “*The Elli and The Frixos*” [2008] 1 Lloyd's Rep 262, en su considerando 59, donde sostuvo que una vez que los fletadores conocen de alguna deficiencia del buque, o de manera más precisa, desde el momento que debieron haber conocido tal deficiencia, nace la obligación de ejercer la debida diligencia para solucionarlo.

“The Elli and The Frixos”⁴⁶ donde la corte de apelaciones confirmó que en dicho caso, el cambio en la regulación respecto a la prevención de contaminación en el mar (MARPOL) había hecho que el buque quedará “legalmente” no apto para realizar el servicio para el que había sido contrato y por tanto, era, en este caso, obligación del fletante realizar las modificaciones necesarias para asegurar que el buque estuviera en condiciones de navegabilidad de acuerdo a lo establecido en la póliza suscrita entre las partes.

1.4.1.3. Cesión de la gestión comercial del buque. Siguiendo con las obligaciones del fletante, tenemos una que es de vital importancia para la consecución de los fines económicos del contrato, y esta es la cesión comercial del buque o “*employment clause*” como se conoce en el Derecho Inglés y Estadounidense.

Esta obligación implica que el fletante debe poner al capitán y tripulación a las órdenes del fletador en aquello referido al empleo comercial buque. Con ello, el fletador adquiere la facultad de dar órdenes que están relacionadas con la finalidad económica que este busca alcanzar con la suscripción del contrato. Es decir, es en este punto donde el fletante cede al fletador la gestión comercial del buque, pudiendo ordenar al buque que se dirija a determinado puerto o zona de operación; realice la carga y descarga de mercadería; y en general cualquier orden que esté relacionada con el empleo comercial del buque. La cesión de la gestión comercial autoriza al fletador incluso a solicitar al capitán que suscriba los conocimientos de embarque que la operación del buque pueda generar, lo que podría ocasionar una responsabilidad directa del fletante sobre la carga. Sin embargo, esta responsabilidad adicional que asume el fletante queda cubierta por la cláusula de indemnidad, sobre la que nos ocuparemos más adelante.

Podemos afirmar que, es en este punto donde la gestión del buque experimente una división. Por un lado, tenemos la gestión náutica del buque que mantiene el fletante, que se refiere a todas las operaciones técnicas implicadas en la navegación del buque, como por

⁴⁶ [2008] 1 Lloyd's Rep 262. El caso refiere de dos buques, el “Elli” y el “Frixos” que fueron fletados bajo una póliza Shelltime 4. El buque Elli fue fletado el 30 de mayo de 2003, por un periodo original de 6 meses, que luego fue extendido hasta el 30 de setiembre de 2006 más 90 días a solicitud del fletador. Por su parte, el Frixos fue fletado el 10 de agosto de 2004 por un periodo de dos años, más 30 días a solicitud del fletador. Ambos buques para realizar transporte de crudo y productos derivados del crudo, incluyendo fuel oil. Desafortunadamente para el fletante, a partir del 05 de abril de 2005, una nueva regulación de la Convención MARPOL estableció nuevos criterios de diseño que los buques debían cumplir a fin de poder realizar el transporte de derivados del crudo. Tanto el juez de primera instancia como los jueces de la sala de apelaciones sostuvieron que, en este caso, el fletante era responsable por no haber llevado a cabo las modificaciones al buque que le permitieran llevar a cabo el propósito del contrato, que era el transporte de Crudo y derivados del mismo.

ejemplo la velocidad de la navegación, la ruta a seguir⁴⁷. Por otra parte, tenemos la gestión comercial del buque, queda en manos del fletador, como acabamos de describir.

Es importante notar que las facultades que otorga la cesión de la gestión comercial al fletador no abarcan los aspectos técnicos de la navegación en tanto estos forman parte de la gestión náutica del buque que mantiene el fletante en todo momento.

Como se mencionó, la cesión de la gestión comercial es de tal importancia para la consecución de los fines comerciales del contrato que numerosas pólizas recogen la cesión de la gestión comercial a favor del fletador, como sucede por ejemplo en la Póliza NYPE 2015, la cual en su cláusula octava⁴⁸ establece que, si bien el capitán es designado y contratado por el fletante, este deberá estar a las órdenes del fletador en lo que respecta a al empleo del buque. Similar redacción encontramos en la cláusula novena de la Póliza BALTIME y en la cláusula décimo primera de la Póliza ROPAXTIME.

Otro ejemplo de la inclusión de esta división entre la gestión náutica (a cargo del fletante) y la gestión comercial (a cargo del fletador) puede ser observada en la redacción del literal e) de la cláusula séptima de la póliza SUPPLYTIME 2017:

“The entire operation, navigation and management of the vessel shall be in exclusive control and command of the Owners and the Crew. The Vessel will be operated and services hereunder will be rendered as requested by the Charterers, subject always to the exclusive right of the Owners or the Master to determine whether the operation of the Vessel may be safely undertaken. (...)”

Es importante mencionar que el hecho que el fletador esté autorizado a dar órdenes al capitán de la nave, no significa que éste deje de ser dependiente del fletante. Esto puede ser visto en la redacción de la póliza NYPE 2015, en el punto que menciona *“although appointed by the Owners”* refiriéndose al capitán de la nave. Al respecto, compartimos la opinión de la

⁴⁷ Es importante notar en este punto que el capitán no está autorizado a tomar la ruta que quiera, sino que debe emplear la ruta más rápida posible o alguna otra ruta usual. El empleo de rutas “alternativas” que demanden más tiempo deberá estar fundamentado.

⁴⁸ *“(...) the master shall be conversant with the English language and (although appointed by the Owners) shall be under the orders of the charterers as regard employment and agency. (...)”*

doctora Martínez Jiménez ⁴⁹, quien menciona que, únicamente aceptando la subsistencia del vínculo entre el capitán y el fletante, es que es posible entender y dar una explicación coherente al por qué es que el fletador puede dar órdenes directamente al capitán y tripulación de la nave, sin haber celebrado ningún contrato con alguno de ellos.

En este sentido, la única explicación por la que el fletador puede dar órdenes al capitán, con quien no mantiene relación alguna, es debido al contrato de fletamento por tiempo que ha suscrito con el fletante. Es por ello que, en caso el capitán no cumpla con alguna de las órdenes del fletador, el que será responsable frente al fletador por dicho incumplimiento será el fletante y no el capitán. En tanto no existe ninguna relación entre este último y el fletador

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que ésta facultad de dar órdenes al capitán que ostenta el fletador no es irrestricta. En primer lugar, está facultad está restringida a los aspectos comerciales del buque. En segundo lugar, las órdenes que puede dar el fletador están restringidas a los límites de empleo del buque establecidos en la póliza, de los cuales hablaremos más adelante. En caso el fletador dé órdenes que se encuentren fuera de los límites convenidos dentro de la póliza; o bien sean órdenes que puedan poner en riesgo a la tripulación y/o a la carga, el capitán podrá no obedecer dichas órdenes, incluso se podría decir que está obligado a no obedecer tales órdenes. Esto se puede observar en la redacción de algunas pólizas, como sucede en el caso de la cláusula 46 de la Póliza NYPE 2015, la cláusula 30 de la Póliza SUPPLYTIME 2017.

1.4.1.4 Realizar los viajes ordenados con la mayor celeridad posible y colaborar con el fletador. Adicionalmente a las obligaciones ya descritas, existen dos obligaciones adicionales que se encuentran recogidas en la mayoría de pólizas de fletamento por tiempo, estas son la obligación del capitán, y por ende el fletante, de realizar los viajes con la mayor celeridad posible, también conocida como “*utmost despatch*” y, por otro lado, la obligación que recae sobre el capitán y en especial sobre la tripulación del buque, de brindar su colaboración habitual al fletador. Ésta última obligación es conocida como “*customary assistance*”.

Respecto a la obligación de realizar los viajes con mayor celeridad posible, esta debe entenderse en sentido literal, es decir, el capitán se encuentra obligado a emprender el viaje

⁴⁹ Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 301.

ordenado por el fletador en el menor tiempo posible, tomando para ello la ruta más rápida. Tal y como menciona la doctora Martínez Jiménez⁵⁰, la justificación de la obligación es clara en tanto la utilidad que el fletador consigue del fletamento por tiempo está en función del aprovechamiento del buque durante el periodo que dure el contrato, siendo que cualquier demora innecesaria en la ejecución de los viajes ordenados podría generarle perjuicios al fletador, quien se verá obligado a pagar el flete y los gastos relacionados con la gestión comercial del buque, sin obtener el beneficio que éste había calculado.

Teniendo en cuenta lo anterior, muchas pólizas recogen esta situación. Por ejemplo, la cláusula décima⁵¹ de la póliza LINERTIME 2015, establece que el capitán deberá llevar a cabo los viajes ordenados con la mayor celeridad posible. Redacción similar encontramos en la cláusula novena de la póliza BALTIME 1939 y en la póliza SHELLTIME 4 en su línea 39. Por su parte, las pólizas más modernas han comenzado a emplear otro lenguaje, estableciendo que el capitán realizará los viajes con la debida celeridad, tal y como sucede en la cláusula octava⁵² de la Póliza NYPE 2015, y en las pólizas BOXTIME 2014, SUPPLYTIME 2017, ROPAXTIME por poner algunos ejemplos. La adopción de esta redacción se debe, tal y como lo explica el profesor Ignacio Arroyo⁵³, a que lo “debido”, por razones de seguridad no siempre se identifica con la “máxima velocidad”.

En este punto, surgen las siguientes interrogantes ¿qué implica que se ejecuten los viajes con la máxima celeridad o la debida celeridad? y ¿en qué casos el fletante será responsable? Tal y como se desprende de lo mencionado por el profesor Arroyo, la obligación de “*utmost despatch*” o “*due despatch*” implica, que el capitán inicie el viaje en el menor tiempo posible, tomando en cuenta los factores externos que pudieran poner en peligro el buque o su carga, tomar la ruta acordada o en caso no se haya acordado una ruta específica, empelando la ruta más rápida, y navegando a la velocidad más alta posible. Como se mencionó líneas arriba lo “debido”, por razones de seguridad no siempre se identifica con la “máxima velocidad”.

⁵⁰ Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 309

⁵¹ “(...) The Master to prosecute all voyages with the utmost dispatch and render customary assistance with the vessel's crew”

⁵² “Subject to Clause 38 (slow Steaming) the Master shall perform the voyages with due dispatch and shall render all customary assistance with the Vessel's crew”

⁵³ Arroyo, I. Op.cit. Pp. 463.

En este sentido, será responsable el capitán, y por consiguiente el fletante, en caso el primero demore de manera innecesaria el zarpe del buque, se niegue injustificadamente a navegar al puerto indicado por el fletador, navegue a una velocidad reducida o tome una ruta que no sea la acordada o la más rápida o bien se desvíe injustificadamente de la ruta que venía tomando.

En caso se presente algún incumplimiento por parte del fletante a esta obligación, el fletador estará facultado a reclamar los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento. Sin perjuicio de ello, en caso el incumplimiento sea demasiado grave que llegue a la raíz del contrato, como en el caso del Hong Kong Fir, entonces el fletador estaría facultado para resolver el contrato, es decir nos encontramos ante un *innominate term*.

Adicionalmente, debemos agregar en este punto que el fletante se encuentra obligado a seguir la ruta establecida en la póliza, o en caso este no haya sido definida, la ruta usual o la más corta. Esta obligación implica que el capitán no podrá desviarse de la ruta, salvo en caso dicha desviación se realice con el objetivo de salvar vidas humanas, bienes o bien cuando el capitán decide tomar otra ruta a fin de cuidar la seguridad del buque y sus tripulantes y carga.

Por su parte, la obligación de colaborar con el fletador, se resume a la obligación que recae sobre el capitán y en especial sobre la tripulación de brindar al fletador la misma asistencia que le prestaría al fletante si éste estuviese explotando el barco. El fundamento detrás de esta obligación está en darle al fletador todas las herramientas para que pueda obtener el beneficio económico esperado con la menor perturbación posible. Lo que busca finalmente es evitar que la conducta de la dotación del buque perturbe la gestión comercial cedida al fletador, haciendo al fletante responsable en caso la tripulación no quiera seguir sus órdenes.

Esta obligación se centra en la ejecución de determinadas tareas que usualmente se encontrarían a cargo de la tripulación del buque si el fletante estuviese operando el buque, tales como limpieza de bodegas, apertura y cierre de escotillas, cuidado de la mercadería durante el viaje, mantenimiento de las máquinas frigoríficas entre otras. Como menciona el Profesor Arroyo⁵⁴, la obligación de brindar colaboración al fletador no implica que este cuente con un derecho ilimitado sobre la tripulación que venga a sustituir al fletante en lo relacionado a la

⁵⁴ Arroyo, I. Op.cit. Pp. 463

gestión náutica del buque, ésta, como se mencionó permanece siempre con el fletante. Esta obligación tiene la complicación cuando pasamos a interpretar que se entiende por asistencia “usual”. En general se entiende que deja de ser usual cuando se trata de trabajos extraordinarios realizados por la tripulación que le demandan gastos extraordinarios al fletante. Esta interpretación dependerá de los términos en lo que se redactó la póliza.

Resulta obvio, pero es válido apuntar que en aquellos casos en lo que la regulación local no permita que la tripulación del buque realice determinadas tareas, estas deberán ser contratadas directamente por el fletador, debiendo éste contratar a personal local para que las realice. En estos casos no se estará frente a un incumplimiento de la obligación de brindar la asistencia habitual.

1.4.2. Obligaciones del Fletador:

1.4.2.1. Pago del Flete y el derecho del fletador de reducirlo. La obligación principal a la que se encuentra obligado el fletador es realizar pago de la contraprestación por el empleo comercial del buque. Dicha contraprestación es denominada “flete” en el marco del contrato de fletamento por tiempo. El flete es calculado de acuerdo al tiempo que el buque se encontrará a disposición del fletador, pactándose usualmente el cálculo del flete por un periodo de 30 días, sin embargo, las partes pueden acordar otra medida para realizar el cálculo del flete, como por ejemplo el cálculo sobre periodo semestrales o anuales.

En lo que respecta al pago del flete, las pólizas usualmente establecen que este deberá realizarse por adelantado, en efectivo y sin estar sujeto a ningún tipo de descuento. Esta redacción la podemos encontrar en pólizas como la NYPE 2015, BALTIME 1939, BOXTIME 2004, LINERTIME 2015. Como bien ha apuntado la doctrina⁵⁵, el término “en efectivo” no hace referencia a que el flete deba ser pagado necesariamente en papel moneda o en moneda metálica, sino a que los fondos pagados por el fletador deben encontrarse a plena disposición del fletante en la fecha de pago. Las prácticas modernas aceptan y en algunos casos exigen que se empleen métodos de pagos distintos al pago en efectivo que den plena disposición de la suma pagada al fletante, tales como transferencias bancarias, depósitos en cuenta o similares.

⁵⁵ Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. Op.cit. Pp. 472

Esta obligación que recae sobre el fletador de asegurar que la totalidad de la suma pagada se encuentre a disposición del fletante en la fecha de pago ha sido tratada por los tribunales ingleses, como sucedió en el caso “The Chikuma”⁵⁶, donde el fletante resolvió el contrato por falta de pago. El dicho caso, como bien recoge Todd⁵⁷, los fletadores acostumbraban pagar el flete el último día antes del vencimiento del plazo. Sin embargo, debido a procedimientos internos del banco designado por el fletante, si éste hubiese querido hacer uso del dinero pagado por el fletador el día en que se había efectuado el pago (en este caso, en la fecha de vencimiento del pago), el fletante habría estado sujeto al pago de una comisión, no mayor a US\$ 100.00, lo que llevó a los fletantes a resolver el contrato. A raíz de tal comisión, la Cámara de los Lores afirmó que el fletador no había cumplido su obligación de asegurar que el fletante tuviese disposición plena de la suma pagada, por lo que los fletantes estaban autorizados a resolver el contrato. Es decir, la Cámara de los Lores trató esta obligación como una *condition*.

Como se mencionó, las pólizas establecen que el pago deberá realizarse sin estar sujeto a deducción o descuento alguno. Sin embargo, en algunas ocasiones se permite que el fletador descuenta del flete aquellas sumas que éste hubiese pagado por adelantado y que no hubiesen sido “ganados” por el fletante debido a causas atribuibles a este. Asimismo, también podrá descontar aquellos gastos que, correspondiéndole al fletante, hubiesen sido pagados por el fletador. Esta posibilidad es recogida en algunas pólizas, como, por ejemplo, las pólizas ROPAXTIME, SUPPLYTIME, NYPE 2015. Adicionalmente, el fletador estará autorizado a realizar deducciones al flete a pagar en caso se suspenda el devengo del flete (*off-hire* del buque) así como también en casos de navegación indebida, como sería el caso de navegación a menos velocidad o que el buque consuma más combustible del estipulado en la póliza.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante mencionar que todas las deducciones que realice el fletador serán realizadas bajo su propio riesgo. Teniendo en cuenta que el pago del flete es una obligación de carácter fundamental, su incumplimiento es sancionado de manera severa por las pólizas, dándole al fletante la facultad de retirar el buque del servicio del fletador y resolver el contrato. Es debido a esta severidad que algunas pólizas⁵⁸ han optado por establecer periodos de gracia a favor del fletador. Si éste incumple con efectuar el pago en la

⁵⁶ The Chikuma, [1981] 1 Lloyd’s Rep. 371 (H.L.)

⁵⁷ Todd, P. Op.cit. Pp. 141

⁵⁸ Por ejemplo, la Póliza NYPE 2015, BOXTIME 2004, SUPPLYTIME 2017

fecha debida, el fletante deberá requerirle que cumpla con tal obligación en el plazo de gracia establecido en la póliza. A este plazo de gracia se le conoce como “*anti-technicality clause*” y busca que el contrato no se vea perjudicado por un incumplimiento que puede ser remediado sin mayor problema. Más adelante nos ocuparemos de la facultad de retirar el buque y las “*anti-technicality clauses*”.

Continuando con los pagos que debe realizar el fletador, éste también se deberá hacerse cargo de aquellos gastos relacionados con la gestión comercial del buque. Como menciona González-Lebrero⁵⁹ “*el fletador debe proveer básicamente: a) los costes de todo el combustible y lubricantes (excepto los de cocina y de tripulación); b) el coste de agua para las calderas si el buque fuera a vapor; c) gastos portuarios, derechos de muellaje, derechos de faro y balizas, los derechos de pasos de canales y demás vías navegables, coste de practica; d) honorario de los agentes marítimos; e) los costos de los remolcadores; f) gastos relacionados con las operaciones de carga y descarga de mercancías*”

El fletador deberá asumir el pago de todos estos gastos hasta la fecha de término del contrato. En caso el buque se pierda, algunas pólizas establecen que el fletante deberá devolver el flete pagado por adelantado que no hubiese sido ganado, como es el caso de la cláusula 20 de la póliza como la NYPE 2015. La usual en estos casos es que el flete se devengará hasta la fecha de pérdida del buque y en aquellos casos que no se puede determinar la fecha de pérdida se considerará la fecha en la que el buque se reportó. Por su parte, pólizas como la BALTIME 1939, LINERTIME 2015, SUPPLYTIME 2017 y ROPAXTIME establecen que, en caso de pérdida del buque, el pago del flete cesará y el flete pagado por adelantado se ajustará de acuerdo al empleo del buque, desde la fecha de pérdida del buque y en aquellos casos que no se puede determinar la fecha de pérdida se considerará la fecha en la que el buque se reportó. Al respecto, doctora Martínez Jiménez⁶⁰ sostiene que en los casos de pólizas con redacción similar a la BALTIME 1939, el ajuste del flete pagado por adelantado dependerá de la situación en la que nos encontremos. Si se tiene certeza de la fecha de pérdida del buque, el devengo del flete cesa desde tal fecha debiendo el fletante devolver el flete pagado por adelantado que corresponda al periodo de tiempo posterior a dicha fecha. En caso no se tenga certeza de la fecha de pérdida del buque, el riesgo será compartido por el fletante y el fletador, por lo que

⁵⁹ González-Lebrero, R. (1998). Curso de Derecho de la Navegación. Vitoria-Gasteiz. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Pp. 365.

⁶⁰ Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 335

éste último deberá pagar la mitad del flete devengado durante el periodo de tiempo comprendido entre la fecha en la que se tuvo la última noticia del buque y la fecha de aproximada en la que el mismo hubiese arribado a puerto, estableciendo así una división de los riesgos de la aventura marítima.

Si bien hemos mencionado que usualmente el pago del flete debe ser por adelantado, existen pólizas en las que esta obligación usual no se regula de tal manera. Por ejemplo, en la póliza SUPPLYTIME 2017, la misma que ha sido concebida para el fletamento de buques de soporte logístico o “*off shore support vessels*” que usualmente son empleados para la asistencia de operaciones en plataformas petroleras, se regula el pago mediante la emisión de facturas, en su cláusula 12, se establece que el fletante deberá emitir sus facturas de manera mensual por los servicios prestados, las mismas que serán pagadas por el fletador en el plazo convenido por las partes. Es decir, en el caso de la póliza SUPPLYTIME 2017, no se sigue la regla general de pago adelantado del flete.

1.4.2.2. Utilizar el buque dentro de los límites del contrato. La obligación de utilizar el buque dentro de los límites establecidos en la póliza tiene una relación directa con la facultad que el fletador ostenta para ordenar los viajes que considere convenientes. Esta obligación se le es impuesta al fletador puesto que existe una necesidad de parte del fletante de controlar, o al menos establecer un límite al empleo que el fletador dará al buque, esto a fin de salvaguardar la seguridad del buque y su tripulación.

Esta necesidad de delimitar el empleo del buque por parte del fletador ha significado su incorporación en las pólizas de fletamento por tiempo. En ellas se establecen principalmente dos tipos de límites, uno respecto de hacia donde se puede dirigir el buque y el segundo relacionado con los bienes que puede cargar. Por citar un ejemplo, tenemos lo establecido en las líneas 21 y 22 de la póliza NYPE 2015, donde se establece que el buque deberá ser empleado para realizar actividades de comercio lícitas y en puertos seguros dentro de determinados límites geográficos.

Los límites geográficos establecidos en las pólizas son conocidos como “*trading limits*” y hacen referencia a zonas geográficas específicas o bien a determinados puertos a los que el buque no podrá ser ordenado a dirigirse. Respecto a las zonas geográficas, muchas pólizas, como la ROPAXTIME, SUPPLYTIME 2017, BOXTIME 2014, circunscriben los límites geográficos

en los que puede ser empelado el buque a los Límites de Navegación Internacional (INL por sus siglas en inglés). Estos son los límites geográficos dentro de los cuales los buques pueden operar sin estar sujetos al pago de primas de seguro extras⁶¹.

En este punto, nos surgen las siguientes preguntas: ¿Qué sucede en aquellos casos en los que fletador ordena al buque a dirigirse a una zona que se encuentra fuera de límites establecidos? ¿Está el capitán obligado a cumplir con la orden del fletador? Respecto a la primera pregunta, como mencionamos cuando estudiamos la obligación del fletante de ceder la gestión comercial del buque al fletador, si bien este último está autorizado a ordenar todos los viajes que considere necesarios, dicho derecho no irrestricto, debiendo respetar los límites acordados. En caso el fletador ordene un viaje que se encuentra fuera de los límites pactados en el contrato, el capitán está facultado a decidir si lleva a cabo esta la orden que excede los límites del contrato o no, tal y como sostiene la doctrina⁶².

Esta facultad del capitán para negarse a cumplir la orden queda recogida en el pronunciamiento del juez Devlin en el caso *The Sussex Oak*⁶³, quién sostuvo que, en ningún caso, el contrato de fletamento por tiempo obliga al capitán a cumplir órdenes que el fletador no tiene poder para dar⁶⁴. Lo mencionado por el juez Devlin se sustenta en el hecho que, al ordenar al buque a dirigirse fuera de los límites acordados, el fletador estaría excediendo las facultades que le otorga el contrato, por lo que no estaría autorizado para dar tal orden.

Por otra parte, en caso el capitán decida llevar a cabo el viaje ordenado, el fletador será responsable de cualquier daño que el buque pueda sufrir, esto en tanto estamos ante un incumplimiento del fletador. Es decir, el hecho que el capitán cumpla con la orden ilegítima dada por el fletador no la convalida, por lo que el éste seguirá siendo responsable por los daños que sufra el buque. Solo en aquellos casos en los que el fletador pueda probar que el fletante consintió que el buque sea enviado fuera de los límites pactados es que el fletador no será responsable de los daños en tanto estaríamos frente a una modificación al contrato originario, en la que se habrían modificado los límites geográficos acordados para el empleo del buque. Lo

⁶¹ <https://www.standard-club.com/media/2767665/loss-prevention-international-navigating-limits.pdf>

⁶² Al respecto, Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp 320; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 124; Arroyo, I. Op.cit. Pp. 124 y Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. P. 125.

⁶³ *GW Grace and Co Ltd v General Steam Navigation Co Ltd (The Sussex Oak)* [1950] 2 KB 383

⁶⁴ *"I cannot think that the clause in a time charterparty which puts the master under the orders of the charterers as regards employment is to be constructed as compelling him to obey orders which the charterers have no power to give."*

anterior se debe a que, en muchos casos el capitán cumple con la orden por temor a que alguna demora por no poder contarse con el fletante pueda generar reclamos a favor del fletador.

Adicionalmente a los límites geográficos, las pólizas usualmente incluyen la indicación que el buque podrá ser empleado únicamente dentro de puertos y muelles seguros. La definición clásica de puerto seguro es aquella esbozada por el juez Sellers en el caso “The Easter City”⁶⁵:

“Un puerto no será seguro a menos que, en el periodo de tiempo relevante, el buque en particular pueda llegar a él, utilizarlos y abandonarlo sin estar expuesto a un peligro que no pueda ser evitado con una buena navegación, salvo en caso de ocurrencia de un hecho anormal”

De la definición del juez Sellers podemos extraer los caracteres principales que debe reunir determinado puerto para determinar si este es seguro o no. El primer carácter circunscribe la calificación del puerto como seguro o no, a un periodo de tiempo específico. Entonces la pregunta que surge es ¿en qué momento se debe el puerto debe ser seguro a efectos de cumplir con esta obligación? Como bien recoge la doctrina siguiendo el pronunciamiento de la Cámara de los Lores en el caso “The Evia No.2”⁶⁶, se considera que la seguridad del puerto se determina al momento de la designación mismo y no al momento en el que el buque se encuentra allí.

En dicho caso, el buque llamado “The Evia” que había sido fletado bajo una póliza BALTIME, fue ordenado a dirigirse a puerto de Basrah, ubicado en el rio Shatt al Arab en Irak. El buque completó la descarga el día 22 de setiembre de 1980, el mismo día en el que estalló la guerra Irán-Irak, lo que ocasionó que el buque quedara atrapado en el puerto. Los fletantes demandaron a los fletadores por incumplir su obligación de ordenar al buque a dirigirse a puertos seguros. Al respecto, la Cámara de los Lores determinó que los fletadores no habían incumplido su obligación de nominar un puerto seguro en tanto al momento de su nominación este era “predeciblemente” seguro y su inseguridad se debió únicamente al acontecimiento de un hecho anormal. En este sentido, se ha establecido que el momento determinante para saber

⁶⁵ Leeds Shipping Co. v. Sociéte Francaise Bunge. [1958] 2 Lloyd’s Rep. 127. Toman como referencia este caso: Todd, P. Op.cit. Pp.137; Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp 321; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp.98; y Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. P. 197; Uncitral. Pp. 13.

⁶⁶ Al respect: Baughen, S. (2009) *Shipping Law*. Abingdon. Routledge-Cavendish. Pp. 96; Martínez, M^a.I. Op.cit. Pp 323; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 99; Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. P 216; UNCTAD. (1990). Charter parties, A comparative analysis. Ginebra. UNCTAD Secretariat. Pp. 14)

si el fletador cumplió con su obligación es el momento de la nominación del puerto. En caso el puerto deviniera en inseguro antes que el buque llegará a él, el fletador estará obligado a nominar un puerto sustituto. Caso contrario, o en caso nomina un puerto inseguro, el fletador será responsable por los daños ocasionados.

Si bien nos encontramos ante una obligación de estricto cumplimiento, se debe tener en cuenta que el hecho que determinado puerto no sea seguro exactamente a la llegada del buque no lo convierte necesariamente en inseguro. Debido a mareas, motivos meteorológicos diversos, entre otros, un buque puede demorar en acceder a un puerto considerado seguro, lo cual no lo convertirá en un puerto inseguro, tal como lo mencionó el Juez Devlin en el caso *The Stork*⁶⁷.

El segundo carácter que se desprende de la definición del Juez Sellers es que el puerto nominado debe ser seguro para el buque materia del contrato. Lo anterior tiene sentido si tenemos en cuenta que es probable que un puerto sea seguro para un buque y para otros no, a razón de sus condiciones técnicas, como el calado, instalaciones, existencia de remolcadores, etc.

Por último, el tercer carácter que podemos extraer de la definición es la ausencia de un hecho anormal. Como se mencionó, un puerto puede devenir en inseguro a causa de la ocurrencia de un hecho anormal, como el estallido de una guerra o a causa de condiciones climáticas extraordinarias. En este sentido, si un buque se encuentra en un puerto seguro y sufre daños a causa de un hecho anormal, como podría ser una tormenta inusual, como sucedió en el caso del *Ocean Victory*⁶⁸, el fletador no será responsable por los daños que pudiera sufrir el buque.

Adicionalmente a los límites geográficos que hemos venido describiendo, muchas pólizas incluyen las denominadas cláusulas de hielo y guerra. La finalidad de estas cláusulas es

⁶⁷ “*The Stork*” [1954] 2 Lloyd’s Rep. 397.

⁶⁸ *The Ocean Victory*, [2014] 1 Lloyd’s Rep. 59/ [2015] EWCA Civ 16. En dicho caso, el buque llamado “*Ocean Victory*” se encontraba en el puerto de Kashima ubicado en Japón, cuando debido a condiciones meteorológicas adversas encalló convirtiéndose posteriormente en pérdida total. Las condiciones que generaron la pérdida del buque fueron oleaje largo y vientos huracanados. Si bien el puerto era conocido por experimentar tales condiciones meteorológicas, estas nunca se habían dado de manera conjunta, por lo que la Corte Suprema inglesa determinó que no hubo un incumplimiento de la obligación de nominar puerto seguro, en tanto el daño que sufrió el buque se debió a una condición anormal para tal puerto.

la de regular el empleo del buque en caso del estallido de una guerra o su empleo en zonas heladas. La redacción usual prohíbe que el buque sea empleado en zonas en las que ha estallado una guerra o en las que existe presencia de hielo, salvo consentimiento expreso del fletante estableciendo que, en caso el fletante acepte que el buque sea enviado a zonas de guerra o heladas, el fletador deberá pagar la prima extra por el riesgo adicional que conlleva el empleo del buque en tales lugares. Incluso se suele acordar que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato en caso de guerra entre los países detallados en la póliza por las partes.

La segunda gran limitación que se le impone al fletador del buque refiere a los efectos que éste puede cargar en el buque. La mayoría de pólizas usualmente establecen que bienes se encuentran prohibidos, mientras que algunas incluyen una lista de bienes que pueden ser cargados. Tal como mencionan Gorton, Ihre y Sandevam⁶⁹, el tipo de buque fletado juega un papel importante a la hora de definir que bienes pueden ser cargados y cuáles no. Así tenemos por ejemplo buques que han sido diseñados para cargar un tipo específico de bienes, como son los buques que cargan gas natural o los que cargar GLP. Sin embargo, lo cierto es que la regla general es que los buques puedan cargar distintos tipos de bienes, motivo por el cual el fletante se ve obligado a limitar los bienes que pueden ser cargados mediante la incorporación de cláusulas como la que encontramos en la cláusula 16⁷⁰ de la póliza NYPE 2015.

Al respecto, un tipo de carga que usualmente está prohibida son las denominadas cargas peligrosas, de acuerdo a lo establecido en el convenio SOLAS 74 y en el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (Código IMDG), y recogidas por el artículo 302 del Decreto Supremo No. 015-2014-DE, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo No. 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas.

De acuerdo a estas normas, se considera como cargas peligrosas a explosivos, gases y líquidos inflamables, sustancias tóxicas, entre otras. El transporte de estos bienes se deberá realizarse cumpliendo con lo establecido en el Convenio SOLAS 74, el Código IMDG, el

⁶⁹ Gorton, L., Ihre, R., Sandevam, A. Op.cit. Pp. 209.

⁷⁰ El buque será empleado en la carga de bienes lícitos, excluyendo cualquier bien de naturaleza peligrosa, perjudicial, inflamable o corrosivo, salvo que los mismos sean cargados de acuerdo con los requerimientos o recomendaciones de las autoridades del país bajo el cual se encuentra registrado el buque, y de las autoridades del país donde se realizará la carga y descarga de tales bienes o cualquier otro país intermedio. Sin perjuicio de lo anterior, los siguientes bienes se encuentran específicamente excluidos: animales de granja, armas, municiones, explosivos, material nuclear o radioactivo, etc.

Código Marítimo Internacional de Cargas Sólidas a Granel (Código IMSBC), el Código CNI, el Código CGrQ, el Código CIQ, así como cumpliendo con los demás instrumentos internacionales de los que el Perú fuera parte de acuerdo a lo establecido en el artículo 315 Decreto Supremo No. 015-2014-DE.

La prohibición de carga de estos bienes se sustentan en el hecho que, además de tratarse de cargas que requieren un manejo especializado pues tiene el potencial de causar graves daños al buque, sus tripulantes y al medio ambiente, la carga de estos bienes en el buque sin cumplir con los protocolos y exigencias contenidas en la normativa aplicable, puede generar que el buque quede detenido en algún puerto, o que incluso se considere que el buque no se encuentra en condiciones de navegabilidad, a lo que deberán agregarse las sanciones que pudieran corresponder.

Otra limitación usual está referida a que solo podrán cargarse bienes lícitos. La licitud de dichos bienes vendrá determinada por el lugar de carga y descarga de tales bienes y por la bandera del buque. Adicionalmente, se puede apreciar que determinados bienes, sin importar su licitud están completamente excluidos, como lo son los animales vivos.

Siguiendo el mismo fundamento del Juez Devlin en el caso *The Sussex Oak*, en caso el fletador quiera cargar bienes que se encuentran excluidos, el capitán podrá negarse a hacerlo. En la práctica inglesa se acepta la posibilidad de solicitar el pago de un flete adicional por cargar aquellos bienes excluidos, siempre y cuando se realice su carga bajo protesto⁷¹.

El CdC PE regula algunos aspectos de la carga de bienes en sus artículos 694 y 695. El primero regula los casos en los que el fletador carga bienes distintos a los consignados en el conocimiento de embarque sin conocimiento del capitán o fletante, en cuyo caso el fletador será responsable por los perjuicios que le pueda ocasionar al fletante por tal actuar. Consideramos que para que el capitán pueda eximirse de responsabilidad por los bienes cargados sin su conocimiento, este deberá haber inspeccionados la carga de forma diligente. Caso contrario podría decirse que estamos ante una falta del capitán, en tanto éste tiene la obligación de cerciorarse diligentemente que los bienes que se cargan en el buque, son los detallados en los documentos que sustentan su carga en el buque.

⁷¹ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 180.

Por su parte, el artículo 695 regula el caso en el que se carguen bienes ilícitos en el buque con el consentimiento del fletante o del capitán. En este caso, ambos serán responsables mancomunados con el fletador frente a todos los perjudicados por tal accionar. Al respecto, coincido con la doctora Martínez Jiménez⁷² quién menciona que las consecuencias para el fletante en este caso dependerán de si éste tenía conocimiento o no. En caso no tuviese conocimiento de la carga de bienes ilícitos no debería verse afectado. La doctora Martínez Jiménez sustenta lo anterior en el hecho que existe una voluntad manifiesta del fletante que no se carguen efectos ilícitos en el buque que se encuentra recogida en la póliza, por lo que el actuar independiente del capitán no podría interpretarse como un acto o conocimiento tácito del fletante, y mucho menos como una novación al contrato de fletamento por tiempo suscrito entre el fletante y el fletador.

1.4.2.3. Devolución del buque en buen estado. Así como el fletante tiene la obligación de entregar el buque al inicio del contrato, el fletador por su parte tiene la obligación de devolver el buque al término del contrato. A esta devolución se le conoce en Derecho Inglés y en las distintas pólizas como el “*redelivery*” del buque.

Tal como mencionamos al tratar la puesta a disposición del buque, en tanto el fletante no hace una entrega real del buque, el fletador no tiene nada que devolver puesto que nunca tuvo la posesión del buque, la misma que permaneció bajo la posesión del fletante a través del capitán. A lo que nos referimos con la devolución del buque es al término de la capacidad del fletador de emplear comercialmente el buque, si se quiere, estamos hablando de la devolución de la gestión comercial que fuera cedida al momento de la puesta a disposición.

Al igual que en el caso de la puesta a disposición, la devolución del buque trae consigo tres interrogantes: i) ¿En qué lugar se realiza la devolución?; ii) ¿En qué momento se debe realizar la devolución?; y iii) ¿En qué condiciones debe encontrarse el buque al momento de su devolución?

Respecto a la primera interrogante, esta queda resuelta por la propia redacción de las pólizas, en las que se establece un puerto determinado o bien un puerto determinable donde se

⁷² Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp 327-328

deberá realizar la devolución del buque al término del contrato. Sin perjuicio de lo anterior, debe tomarse en cuenta que el fletador podrá incluso realizar la devolución en un lugar no acordado, en cuyo caso será responsable del pago de los daños que ocasione. La indemnización por daños que deberá pagar el fletador en este caso, será equivalente a la ganancia que el fletante hubiera percibido si en caso el buque hubiera realizado su último viaje al lugar acordado⁷³. Este cálculo para determinar los daños fue empleado por el juez Mustill en el caso “The Rijn”⁷⁴.

Para responder a la segunda interrogante, debemos revisar la redacción de la póliza, en tanto será esta la que determine, en último término, en qué momento el fletante deberá realizar la devolución del buque. La redacción de las pólizas al respecto puede ser muy variada, siendo que en algunos casos se establece que el contrato tendrá una duración fija, por ejemplo 6 meses; otras pólizas establecen un margen adicional al plazo general del contrato, estableciendo por ejemplo 6 meses; 20 días más o menos; y finalmente otros casos en los que se establece en rango de tiempo, por ejemplo, de seis a ocho meses. Sin perjuicio de lo establecido por la póliza, tal y como mencionan Martínez Jiménez⁷⁵ y Arroyo⁷⁶, la regla general es que el fletador cuenta con un plazo razonable para realizar la devolución del buque, siendo que tal razonabilidad vendrá determinada por la duración general del contrato.

Por su parte, Ruiz Soroa, Zabaleta y González⁷⁷, siguiendo la clasificación dada por Lord Denning en el caso “The Dione”⁷⁸, distinguen tres tipos de márgenes:

i) Existencia de márgenes implícitos: en este supuesto tenemos a aquellos contratos en los que se ha acordado un periodo de tiempo determinado, sin expresar ningún margen, por ejemplo, seis meses; un año. En estos casos, el Derecho inglés reconoce la existencia de un margen razonable en el que el fletador puede realizar la devolución del buque. Como mencionan Ruiz Soroa, Zabaleta y González, este margen implícito se explica debido a la imposibilidad de calcular con exactitud el día en el que finalizará el último viaje ordenado por el fletador. También se entiende la existencia de un margen implícito para los casos en los que el plazo del contrato se señala como un periodo variable, por ejemplo “de seis a ocho meses”.

⁷³ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 268.

⁷⁴ The Rijn, [1981] 2 Lloyd’s Rep. 267

⁷⁵ Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 347

⁷⁶ Arroyo, I. Op.cit. Pp. 468

⁷⁷ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 113

⁷⁸ The Dione, [1975] 1 Lloyd’s Rep. 115 (C.A.)

Para evitar discusiones respecto a la existencia de un margen implícito, muchas pólizas incluyen la palabra “*about*” cuando hacen referencia al plazo, haciendo manifiesta la existencia de cierta discrecionalidad.

ii) Inexistencia de un margen implícito: En este supuesto caen aquellas pólizas que han sido redactadas en términos absolutos, donde se precisa claramente que no existirá margen alguno.

iii) Existencia de un margen expreso: En estos casos las pólizas incluyen un margen para efectuar la devolución, por ejemplo, seis meses, más treinta días a opción del fletador. Esos treinta días a opción del fletador representan el margen en el que el buque deberá ser devuelto.

Independientemente de la existencia de un margen adicional o no, para determinar si el fletador cumplió con su obligación de devolver el buque se deberá evaluar si la última que este dio fue legítima o no. De acuerdo a UNCITRAL⁷⁹, la orden será legítima siempre y cuando pueda ser razonablemente previsible que el buque va a cumplir el viaje ordena dentro del plazo del contrato. En tal caso, si la devolución del buque se retrasa debido a una causa no imputable a alguna de las partes, no se generarán daños a favor del fletante. Éste tendrá derecho al pago del flete de acuerdo al precio acordado en el contrato hasta su devolución.

Si por el contrario, la orden del fletador fuese ilegítima, es decir, una orden dada cuando no se podría prever razonablemente que el viaje ordenado sería completado antes del término del contrato, el fletante podrá negarse legítimamente a realizar el viaje ordenado y solicitar un nuevo destino, o bien puede aceptar realizar el viaje, en cuyo caso el fletante cobrará el flete acordado en el contrato hasta que el término del plazo, y cobrará el flete vigente en el mercado, siempre y cuando este sea mayor al acordado en el contrato, hasta que el buque complete el viaje ilegítimo.

Es importante tener en cuenta en qué momento debemos evaluar la legitimidad de la orden. Ésta se evalúa tanto al momento en el que el fletador da la orden como al momento de su ejecución, esto en tanto en algunos casos los fletadores ordenan los viajes por adelantado⁸⁰.

⁷⁹ UNCTAD. *Charter parties, A comparative...* Op.cit. Pp. 53-54, que recoge el pronunciamiento de Lord Denning en el caso “The Dione”.

⁸⁰ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp.106.

Finalmente, las pólizas establecen que el buque deberá ser devuelto en la misma condición en la que se entregó salvo por el desgaste natural que haya sufrido a causa de su empleo comercial. En caso el fletador devuelva el buque con daños, el fletante está obligado recibir el barco dañado y posteriormente solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. Si el buque sufre daños a causa de una mala navegación o alguna falta del capitán, estos daños serán de cargo exclusivo del fletante

Como se puede observar, la obligación de devolver el buque en la condición, lugar y momento acordados en la póliza debe ser considerada únicamente como una “*warranty*” en tanto su incumplimiento únicamente acarreará el pago de una indemnización a favor del fletante. Considero que esto también se sustenta en el hecho que nos encontramos al término del contrato por lo que plantear la resolución anticipada del contrato no mejoraría en ningún caso la posición del fletante.

1.4.2.4. Indemnity clause. Adicionalmente, el fletador tiene a su cargo una obligación adicional y es la de indemnizar al fletante por los daños o perjuicios que éste pueda sufrir a raíz de del empleo del buque por parte del fletador.

Como bien mencionan Ruiz Soroa, Zabaleta y González⁸¹, podemos encontrar un buen ejemplo de una “*indemnity clause*” en la cláusula novena de la póliza BALTIME 1939, según la cual:

“(...) The Charters shall indemnify the Owners against all consequences or liabilities arising from the Master, officers or Agents signing bill of Lading or other documents; or otherwise complying with such orders, as well as from any irregularity in the Vessels papers or overcarrying goods. (...)”

Podemos encontrar redacciones similares en las pólizas LINERTIME 2015; BOXTIME 2004. Por el contrario, la póliza NYPE 2015 no contempla una cláusula de indemnidad a favor del fletante. En aquellos casos en los que la póliza no contempla una cláusula de indemnidad

⁸¹ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 124

expresa, la doctrina⁸², siguiendo las decisiones de la jurisprudencia inglesa, sostiene la existencia de una cláusula de indemnidad implícita, basándose en un principio del *Common Law* según el cual siempre que una persona solicita a otra que realice un acto que no sea aparentemente ilegal, entonces la persona que solicitó tal acto, estará obligada a mantener indemne a la otra⁸³. Para que opere esta indemnidad implícita, el hecho que ocasiona el daño debe reunir ciertos requisitos, estos son: i) que la orden dada por el fletador no haya sido manifiestamente ilegal; ii) la existencia de una relación de causalidad entre la orden dada por fletador y el daño sufrido. Es decir, si los daños fueron causados por motivos no atribuibles al fletador, como podría ser negligencia del capitán o la tripulación, entonces no se cumplirá el precepto para reclamar daños por indemnidad puesto que el fletador no fue el causante del daño; y iii) que la orden pueda ser calificada como comercial, es decir que sea una orden que el fletador dé haciendo uso de la gestión náutica cedida por el fletante.

Es decir, El objetivo de esta cláusula es que el fletante esté cubierto de todos aquellos perjuicios que pueda sufrir a causa de obligaciones que originalmente no asumió frente al fletador, pero que debido al empleo del buque por parte de este último se ve obligado a llevar a cabo. Aquí se encuentra, por ejemplo, la responsabilidad a la que pueda verse sujeto el fletante a causa de la suscripción de los conocimientos de embarque presentados por el fletador, cuyas obligaciones y responsabilidades pueden ser muy distintas aquellas establecidas en el contrato de fletamento por tiempo.

1.5 Algunos derechos adicionales de las partes:

Adicionalmente a las obligaciones de cada una de las partes descritas en los puntos anteriores, pasaremos a tratar algunos derechos que la póliza otorga a las partes. En primer lugar, trataremos algunos de los derechos que las pólizas otorgan al fletante:

1.5.1. Derecho a retirar el buque. Tal y como mencionamos, el cumplimiento de la obligación de pagar el flete tiene un carácter fundamental, motivo por el cual las pólizas sancionan su incumplimiento de manera severa, autorizando al fletante a retirar el buque del

⁸² Sostienen la existencia de una indemnidad implícita: Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp.338; UNCTAD. *Charter parties, A comparative...* Op.cit. Pp. 32; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 125

⁸³ Este principio fue recogido por el juez Roche, J. en el caso denominado *Strathlorne Steamship v. Andrew Weir* (1934) 49 Ll. L. Rep. 306

servicio del fletador, resolviendo de esta manera el contrato. Este derecho que otorgan las pólizas al fletante para protegerse de la falta de pago o pago tardío es conocido como “*right to withdrawal*”.

Podríamos decir que este derecho a retirar el buque que las pólizas dan al fletante es un poco desproporcionado, en tanto le permitiría a éste resolver el contrato ante un incumplimiento insignificante como podría ser el retraso en el pago o bien el pago incompleto debido al cargo de comisiones de los bancos empleados como sucedió en el caso de “The Chikuma”⁸⁴ citado previamente, o bien en caso se realice el pago con un día de atraso. La severidad de esta cláusula ha llevado a distintos autores⁸⁵ a argumentar que esta cláusula únicamente opera a conveniencia del fletante, el mismo que haría uso de este derecho para beneficiarse en aquellos casos en los que los precios del mercado de fletes se hubiesen elevado. Como bien recoge el informe de UNCITRAL⁸⁶, cuando estamos ante una baja en los fletes, el fletador no tiene nada que temer, pues el fletante no resolverá en dicho momento. Solo lo hará en un mercado a la baja cuando el fletador no pueda o no quiera pagar el flete convenido.

Estas severas consecuencias que acarrea el ejercicio del derecho a retirar el buque han llevado a muchas pólizas a incluir las denominadas “*anti-technicality clauses*” que otorgan un plazo de gracia en el que el fletador debe subsanar su incumplimiento antes de que el fletante pueda ejercer su derecho a retirar el buque.

Sea que se ha incluido un periodo de gracia o no, una vez el fletante esté autorizado a hacer uso de su derecho a retirar el buque, este deberá comunicar su decisión de retirar el buque al fletador. Como bien sostiene la doctrina⁸⁷, esta comunicación debe ser clara y final, es decir se debe expresar sin lugar a equivocación que se está retirando el buque y por ende resolviendo el contrato. A menos que la redacción de la póliza autorice un retiro parcial del buque, el ejercicio de este derecho por parte del fletante acarreará la resolución del contrato.

1.5.2. Derecho del fletante sobre la carga. Adicionalmente al derecho de retirar el buque que acabamos de tratar, las pólizas incorporan una facultad adicional a favor del fletante

84 The Chikuma”, [1981] 1 Lloyd’s Rep. 371 (H.L.)

85 Todd, P. Op.cit. Pp. 146; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 136

86 UNCTAD. *Charter parties, A comparative...* Op.cit. Pp. 42

87 Al respecto, Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 297. Baughen, S. Op.cit. Pp. 254; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 102

que tiene como objetivo asegurar el cobro del flete acordado. Las pólizas autorizan al fletante a retener los bienes cargados en el buque. Este derecho es conocido usualmente como “*lien clause*”. Se trata de un derecho de retención que asiste al fletante con la finalidad de garantizar el cobro de montos que se le adeuden⁸⁸. Este derecho de retención se ejerce mediante la posesión inmediata que ostenta el fletante sobre las mercaderías cargadas a través del capitán.

De las pólizas estudiadas, hemos podido identificar dos redacciones que se repiten. Por un lado, tenemos aquellas pólizas que otorgan un derecho de retención sobre toda la carga y sub-fletes pertenecientes al fletador, como es el caso de la póliza BALTIME 1939 y LINERTIME 2015, mientras que otras pólizas como la NYPE 93⁸⁹, otorga un derecho de retención sobre toda la carga y sub-fletes, sean estos de propiedad del fletador o no.

La redacción que encontramos en la póliza NYPE 93, genera la interrogante de si el fletante podría retener todos los bienes que se encuentran en el buque, incluso cuando estos no lo pertenezcan al fletador. Al respecto, entendemos que siempre y cuando este derecho esté contemplado en los conocimientos de embarque emitidos al momento de su carga, entonces el fletante podría ejercer tal derecho sin problema alguno. En caso no se haya incorporado tal derecho en los conocimientos, el fletante estará sujeto a responsabilidad por la demora en la entrega de la carga. En dichos casos, si bien el responsable frente a los propietarios de la carga será el fletante, este podrá repetir contra el fletador, siguiendo el pronunciamiento del Juez Donaldson en el caso “*The Aegnoussiotis*”⁹⁰, quien sostuvo que en los casos en los que la póliza otorga un derecho de retención sobre toda la carga, el fletador asume la obligación de incorporar tal derecho a favor del fletante en todos los conocimientos que se emitan en virtud del empleo comercial del buque.

El ejercicio de este derecho se ejecuta mediante la negativa del fletante a realizar la descarga de los bienes cargados o bien descargándolos en algún lugar estos permanezcan bajo su posesión. Lo anterior no significa que el “*lien*” sobre la carga se pueda ejecutar en cualquier lugar, sino más bien, este derecho se debe ejecutar al menos razonablemente cerca al puerto de descarga nominado por el fletador⁹¹.

⁸⁸ Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. Op.cit. Pp. 474.

⁸⁹ La revisión 2015 de ésta póliza incluye una cláusula de retención sobre los bienes y sub-fletes que pertenezcan al fletador únicamente.

⁹⁰ *The Aegnoussiotis*, [1977] 1 Lloyd’s Rep. 268

⁹¹ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 583

Adicionalmente al derecho de retención sobre la carga, las pólizas autorizan la retención de los sub-fletes que se encuentren pendientes de pago a favor del fletador. La ejecución del derecho de retención sobre los sub-fletes dependerá de si los conocimientos de embarque que sustentan las sumas pendientes de pago han sido emitidos a nombre fletante o a nombre del fletador. En caso haya sido emitido a nombre del fletante, éste será quién cobrará el flete estipulado en el conocimiento de embarque, reteniendo de esta forma el pago del sub-flete. En caso el conocimiento de embarque no hubiese sido emitido a nombre del fletante, la doctrina⁹² sostiene que el fletador podrá interceptar el pago del flete, para lo cual comunicará a los deudores de tal flete que éstos sean efectuados a favor del fletante y no del fletador.

El derecho de retención descrito también se encuentra regulado por el CdC PE, cuyo artículo 678 establece lo siguiente:

“Artículo 678.- Afectación del cargamento para pago del flete y gastos

El cargamento estará especialmente afecto al pago de los fletes, de los gastos y derechos causados por el mismo, que deban reembolsar los cargadores, y de la parte que pueda corresponderle en avería gruesa; pero no será lícito al capitán dilatar la descarga por recelo de que deje de cumplirse esta obligación.

Si existiere motivo de desconfianza, el juez o tribunal, a instancia del capitán, podrá acordar el depósito de las mercaderías hasta que sea completamente reintegrado.”

Como se puede apreciar, la redacción del CdC PE únicamente permite realizar el depósito judicial de los bienes, sancionando como ilícita la negativa del capitán de realizar la descarga de los bienes. Es decir, según el CdC PE no sería posible realizar la retención de la mercadería mediante la negativa a descargarla. Sin perjuicio de lo anterior, compartimos la posición de distintos autores españoles⁹³, quienes sostienen que en virtud del principio de la

⁹² Opinan en este sentido, Baughen, S. Op.cit. Pp. 234-235; Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. 584-593; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 105.

⁹³ Sobre este punto se han manifestado: Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp.105-106); Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 346); Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. Op.cit. Pp. 474; y Arroyo, I. Op.cit. Pp. 469-470)

autonomía de la voluntad recogido en los artículos 2 y 665 del CdC PE⁹⁴, se podría pactar que el ejercicio de la retención de los bienes se realizará manteniendo los mismos a bordo del buque.

Si bien hemos incluido el derecho de retención como un derecho del fletante, las pólizas también otorgan al fletador un derecho de retención sobre el buque por todos aquellos fletes pagados por adelantado y no ganados por el fletante. Si bien las pólizas contemplan este derecho, considero que no estamos frente a un derecho de retención real en tanto el fletador no tiene la posesión del buque. A lo que tiene derecho, como bien explica la doctrina inglesa⁹⁵, es a limitar el empleo del mismo mediante la imposición de una medida cautelar.

1.5.3. Suspensión del contrato (*Off Hire*). Tal y como he mencionado, lo que busca el fletador es contar con el uso ininterrumpido del navío fletado durante el plazo del contrato. Pero, ¿qué sucede cuando el fletador no puede disponer del buque?

Esta situación está prevista en las pólizas mediante la inclusión de una cláusula que autoriza al fletador a suspender el pago del flete durante el periodo que no pueda disponer del buque. Esta cláusula es conocida como “*off hire clause*”. Podemos encontrar un ejemplo de ésta en la redacción de la cláusula 11 de la póliza BALTIME 1939, la misma que establece los supuestos en los que el fletador estará autorizado de suspender el pago del flete, dentro de los que encontramos el acceso de la nave a dique a fin de mantener la eficiencia de la misma, en caso de déficit de personal, avería de maquinarias, etc. En general, las pólizas incluyen bajo esta cláusula todos los eventos que autorizarían al fletador a suspender el pago del flete.

De acuerdo con la doctrina inglesa⁹⁶, la suspensión del flete solo podrá ser invocada por el fletador en caso concurran tres presupuestos: i) Que el funcionamiento del buque se haya visto limitado o impedido; ii) que tal estado de ineficiencia se deba a una de las causas listadas en la cláusula y iii) demostrar la cantidad de tiempo perdida por la ineficiencia del buque.

Respecto al primer presupuesto, el fletador podrá probar que el buque no se encuentra en un estado de eficiencia plena si es que éste se encuentra impedido de realizar la siguiente

⁹⁴ Equivalentes a los artículos 2 y 652 del código de comercio español

⁹⁵ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 597.

⁹⁶ En este sentido se manifiestan, Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 442; Baughen, S. Op.cit. Pp. 258

operación que el servicio solicitado por el fletador requiere. Así, si la siguiente operación que demanda el servicio es, por ejemplo, el navegar a un punto y el buque no puede hacerlo, entonces éste será ineficaz. Por el contrario, si el buque no puede navegar, pero la operación siguiente que demanda el servicio no requiere que el buque navegue, como sería el caso de las operaciones de descarga, entonces el buque se encontrará en un estado de eficacia plena a efectos de la cláusula de suspensión del flete, en tanto es plenamente capaz de realizar la actividad que requiere el servicio en dicho momento. Es decir, la eficacia del buque para llevar a cabo el servicio se determinará si éste está en la capacidad de realizar la siguiente operación que el servicio solicitado por el fletador requiere.

El segundo presupuesto se comprobará contrastando si la póliza recoge la situación que está generando la ineficiencia del buque está incluida dentro del listado de causas de la póliza. Algunas de las situaciones más comunes que recogen las pólizas son la falta o deficiencia del personal de abordaje, avería de maquinaria u otros accidentes. La alusión a otros accidentes hace referencia a aquellos accidentes que, sin estar contemplados en la cláusula, obstaculizan o limitan el empleo del buque⁹⁷. En este punto debemos mencionar que si el hecho que ocasionó la ineficiencia del buque se debiera a una orden ilegal del fletador, entonces éste no podrá solicitar la suspensión del flete, incluso si la situación se encuentra comprendida en la cláusula. Si por ejemplo el buque fuera ordenado a dirigirse a un puerto que se encuentre fuera de los límites pactados, y producto de ello sufre daños que obstaculicen o limiten la capacidad del buque, tal situación no facultará al fletador a suspender el pago del flete.

A fin de determinar el tiempo perdido por la ineficiencia que aparece como el tercer presupuesto del *off hire*, se debe revisar la redacción propia de la cláusula. Por un lado, tenemos pólizas que estructuran su cláusula de *off hire* similares a las de la póliza SHELLTIME 4, es decir, estableciendo que el buque se encontrará en estado de ineficiencia hasta el momento en el que pueda volver a ser calificado como eficiente nuevamente. Este tipo de redacción es denominado por la doctrina⁹⁸ como “*period clause*”. En este punto acogemos la definición de *period clause* que brinda Baughen⁹⁹, quien la define como aquellas cláusulas en las que el periodo de suspensión del flete se inicia con un evento específico y termina con otro.

⁹⁷ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 11.9

⁹⁸ Al respecto, Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 456; Baughen, S. Op.cit. Pp. 261; Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 341; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 117.

⁹⁹ Baughen, S. Op.cit. Pp. 261.

Por su parte, en aquellas cláusulas que adoptan una redacción similar a la de las pólizas BALTIME 1939 y NYPE, las que incluyen en su redacción la siguiente frase: “*the payment shall cease for the time hereby lost*”. Es decir, el tiempo de suspensión del flete será aquel que efectivamente se haya perdido debido a la ineficiencia del buque. En este sentido, se reducirá del flete el tiempo efectivamente perdido a causa del estado de ineficiencia del buque y no por todo el periodo. Este tipo de cláusulas son conocidas como “*net loss of time clause*”.

Como bien sostiene la doctrina, la diferencia entre ambas está en el tratamiento que se las ineficiencias parciales. Las denominadas *period clauses* no toman en cuenta tales ineficiencias, para ellas el buque está en estado de eficiencia o no lo está. Por el contrario, las denominadas *net loss of time clauses* si toman en cuenta las ineficiencias parciales, deduciendo del flete únicamente el tiempo efectivamente perdido. Un ejemplo de cómo operan las cláusulas *net loss of time clauses* es el caso “The H.R. Macmillan¹⁰⁰” comentado por Baughen¹⁰¹, donde una de las grúas del buque sufrió un desperfecto, retardando la descarga de los bienes cargados. Al respecto, Lord Denning determinó que la pregunta que se debía plantear en tal caso era ¿Cuán más rápido habría terminado el buque de realizar la descarga si las todas sus grúas hubiesen estado operativas? En dicho caso, el flete por ese tiempo que se perdió ser ajustado por el fletador.

En todo caso, cuando el fletador esté autorizado a suspender el pago del flete, teniendo en cuenta que la mayoría de pólizas establece el pago por adelantado del mismo, el fletador podrá reducir el monto ajustado del siguiente pago. Ahora bien, es importante notar que salvo que la póliza lo contemple de manera expresa, la suspensión del flete no suspende el pago de los demás conceptos que el fletador deba pagar por la operación del buque, como son el combustible, gastos portuarios, entre otros.

Finalmente, es importante mencionar que la suspensión del flete únicamente implica una suspensión de la obligación del pago del mismo. No debe interpretarse como que la suspensión del flete implica una prórroga del contrato de fletamento por tiempo.

1.6 Responsabilidad sobre la carga

¹⁰⁰The H.R. Macmillan, [1974] 1 Lloyd’s Rep. 311 (C.A.)

¹⁰¹ Baughen, S. Op.cit. Pp. 261

Tal y como hemos venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, la obligación que asume el fletante en el contrato de fletamento por tiempo respecto a los bienes cargados en el buque dependerá de la tesis que se adopte. Sin perjuicio de ello, no podemos negar el hecho de que usualmente el contrato de fletamento por tiempo usualmente es empleado como un medio para realizar el transporte de mercancías.

Si bien esta afirmación es aceptada tanto por quienes defienden la tesis mayoritaria como aquellos que defienden la minoritaria, cada tesis entiende la ejecución del transporte de manera diferente. Así, por un lado, la tesis minoritaria sostiene que el transporte se realiza únicamente como consecuencia del cumplimiento de la obligación de puesta a disposición del buque a favor del fletador y no porque sea una obligación inherente al contrato de fletamento por tiempo, a diferencia de lo que sostiene la tesis mayoritaria, para quienes el transporte es la obligación principal que asume el fletante.

Este empleo usual del fletamento por tiempo para realizar transporte de mercancías ha generado que las distintas pólizas de fletamento incluyan un régimen de reparto de responsabilidades sobre la carga. Si adoptamos el concepto del reparto entre la gestión comercial y la gestión náutica del buque entre el fletador y el fletante, podríamos sostener que, en principio, cada parte sería responsable por los daños que el ejercicio de cada función ocasione a los bienes respectivamente. Así el fletante sería responsable por los daños ocasionados a la carga que hayan sido ocasionados por el ejercicio de la gestión náutica, mientras que el fletador será responsable por los daños que el ejercicio de la gestión comercial que le fue cedida ocasione a los bienes cargados.

Sin embargo, para poder determinar realmente como se ha estructurado el reparto de la responsabilidad sobre los bienes cargados, se deberá analizar la redacción de la póliza utilizada por las partes en tanto la redacción de la misma puede variar el régimen de responsabilidad sobre la carga. Por ejemplo, tenemos pólizas como la NYPE 2015, que imponen una mayor responsabilidad sobre los bienes cargados al fletante, en tanto la única excepción a la responsabilidad que admite es aquella recogida en su cláusula vigésima primera¹⁰², la misma

¹⁰² “21. *Exceptions*

que es una excepción genérica de caso fortuito y fuerza mayor. Por otro lado, tenemos la póliza BALTIME 1939, que incluye numerosas excepciones a la responsabilidad del fletante sobre la carga, dentro de las que tenemos incluso aquellos daños a la carga que hubieran sido ocasionados por negligencia de la dotación¹⁰³. Como bien recogió el informe de UNCITRAL¹⁰⁴, en la póliza BALTIME, el fletante sólo será responsable por los daños a la carga en caso dicho daño se deba a la falta de debida diligencia de poner el buque en condiciones de navegabilidad.

Asimismo, tenemos aquellas pólizas que establecen un reparto más equitativo de la responsabilidad sobre la carga, como es el caso de la póliza LINERTIME 2015, la misma que incluye el régimen de responsabilidad establecido en las Reglas de La Haya-Visby, que si bien tiende a favorecer al fletador, es más equitativo que el de la póliza NYPE y no establece tantas excepciones como la póliza BALTIME 1939¹⁰⁵.

De similar redacción a la póliza LINERTIME 2015 es la póliza BOXTIME 2004, la misma que incorpora el artículo tercero de las Reglas de La Haya en su cláusula 19, llegando incluso precisar que, en caso de daño a carga de propiedad del fletador, esta será tratada como si le perteneciera a un tercero y se encontrara bajo el régimen de conocimiento de embarque. Para demostrar la variedad formas de repartir la responsabilidad sobre los bienes cargados, tenemos lo establecido en la póliza ROPAXTIME en su cláusula 29, la misma que si bien recoge las Reglas de La Haya-Visby, establece que, en caso de daños a la carga, sea esta de responsabilidad del fletante o del fletador, ésta será compartida en partes iguales por el fletante y fletador.

Es importante notar que el fletador, puede decidir cargar bienes propios como también bienes de terceros para que sean transportados. La carga de dichos bienes suele estar acompañada de la emisión de un conocimiento de embarque. De acuerdo al artículo 246 de la Ley No. 27287, Ley de Títulos Valores, el conocimiento de embarque es aquel documento que representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo y que además confiere a su tener el derecho a reclamar los bienes consignados en tal documento.

The act of God, enemies, fire, restraint of princes, rulers and people, and all dangers and accidents of the seas, rivers, machinery, boilers and navigation, and errors of navigation throughout this Charter Party, always mutually excepted.”

¹⁰³ Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. Op.cit. Pp. 479.

¹⁰⁴ UNCTAD. *Charter parties, A comparative...* Op.cit. Pp. 25

¹⁰⁵ UNCTAD. *Charter parties, A comparative...* Op.cit. Pp. 25.

Adicionalmente a lo establecido en la Ley de Títulos Valores, se acepta que el conocimiento de embarque, además de ser un título valor, funge de prueba del contrato de transporte marítimo¹⁰⁶.

De acuerdo a lo anterior, la emisión de un conocimiento de embarque¹⁰⁷ implicaría la existencia de un contrato de transporte marítimo, lo que me genera la siguiente interrogante: ¿la emisión de un conocimiento de embarque modifica la estructura de responsabilidad acordada en el contrato de fletamento por tiempo? Para poder responder la pregunta debemos evaluar tres aspectos:

i) Quién emite el conocimiento de embarque:

El primer aspecto a evaluar es de vital importancia en tanto la parte que emite el conocimiento de embarque será la obligada a cumplir con el tenedor del mismo, de acuerdo a las condiciones que se hubiesen establecido en tal documento, las mismas que pueden modificar el reparto de responsabilidades establecido en la póliza. Las pólizas usualmente obligan al fletante, o bien al capitán del buque a que firme los conocimientos de embarque que le presente el fletador, haciéndose así responsable al fletante por la carga. Esto sucede incluso en aquellos casos en los que el capitán suscriba un conocimiento de embarque sin estar facultado para ello. En tal caso, el fletante quedará obligado frente al tenedor del conocimiento¹⁰⁸, salvo que este supiese que el capitán no estaba en capacidad de firmar tales documentos¹⁰⁹. Incluso algunas pólizas autorizan al fletador a firmar los conocimientos en nombre del capitán, vinculando de igual manera al fletante en tales casos.

En todos estos casos en los que el fletante aparece como emisor del conocimiento de embarque, si el tenedor del documento es otro que el fletador, el fletante estará sujeto a las condiciones en las que se emitió el conocimiento, las cuales pueden ser más o menos beneficiosas. En todo caso, si el fletante sufre algún perjuicio, este debe ser cubierto por la obligación de indemnidad a la que está obligado el fletador, salvo que el daño sea su responsabilidad de acuerdo a lo establecido en el contrato de fletamento por tiempo. Es por esta

¹⁰⁶ Sánchez Calero, F. Op.cit. Pp. 234.

¹⁰⁷ En este punto debemos mencionar que, las relaciones entre el fletante y el fletador, por más que se emita un conocimiento de embarque, seguirán reguladas por el contrato de fletamento por tiempo que hubiesen suscrito. En tal caso el conocimiento solo tendrá la función de representar los bienes cargados.

¹⁰⁸ Cuando éste es un tercero ajeno a la relación entre fletante y fletador.

¹⁰⁹ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 392

mayor responsabilidad que el fletante asume a la hora de emitir los conocimientos presentados por fletador que la jurisprudencia inglesa¹¹⁰ ha reconocido la existencia de una cláusula de indemnidad implícita.

También existen situaciones en las que es el fletador, o bien sus agentes en su nombre y no el fletante quién emite el conocimiento de embarque¹¹¹. Incluso, algunas pólizas, como por ejemplo la ROPAXTIME, establecen que los conocimientos deberán ser emitidos por o en nombre del fletador. En estos casos, ninguna de las partes en asumiría mayores responsabilidades respecto de la carga de acuerdo al contrato de fletamento por tiempo que hubiesen suscrito.

ii) Quién es el tenedor del conocimiento de embarque

Este punto reviste una importancia particular pues los efectos que desplegará el conocimiento de embarque emitido dependerán, en último término, de quién es el tenedor final del mismo. En caso el conocimiento sea emitido y permanezca en manos del fletador, el documento únicamente despliega sus efectos como recibo de los bienes cargados, por lo que no modificará el régimen de responsabilidad de la póliza. Por el contrario, si en último término el tenedor del conocimiento es un tercero, se generará una relación paralela al contrato de fletamento por tiempo que se regirá por los términos y condiciones contenidos en tal documento. Como bien sostiene la doctora Martínez Jiménez¹¹², el contrato de fletamento por tiempo regulará la relación entre fletante y fletador, mientras que el conocimiento de embarque regulará la relación entre el porteador y tenedor, cuando éste último es distinto al fletador.

iii) La redacción de las pólizas.

Podemos afirmar que en tanto la redacción de la póliza y el conocimiento de embarque emitido se condigan, no habrá mayor distinción entre los regímenes de responsabilidad sobre la carga entre un documento y el otro, lo que no generará dificultades a la hora de emitir los conocimientos.

¹¹⁰ The Island Anchon”, [1994] 2 Lloyd’s Rep. 227.

¹¹¹ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 134

¹¹² Martínez, M^a. I. Op.cit. Pp. 360.

Habiendo revisado los tres aspectos, podemos decir que el régimen de responsabilidad sobre la carga acordado en el contrato de fletamento por tiempo podría verse modificado, en lo que respecta a la relación entre porteador y tenedor, cuando el tenedor del conocimiento emitido por o en nombre del fletante es un tercero ajeno al contrato de fletamento por tiempo, y los términos del contrato de fletamento y la póliza respecto a la responsabilidad sobre la carga sean contradictorios. En caso el fletante vea incrementado su nivel de responsabilidad, el fletador deberá mantenerlo indemne, sea que se haya pactado una cláusula de indemnidad expresa, o bien a través de la indemnidad implícita reconocida por el Derecho Inglés.

1.7 Término del contrato.

El contrato de fletamento por tiempo, al igual que todos los contratos privados pueden llegar a su fin por una variedad de motivos: término del plazo acordado; cumplimiento del objeto del contrato; mutuo disenso; o bien porque alguna de las partes invoca alguna de las causales resolutorias establecidas en el contrato debido al incumplimiento de alguna de las obligaciones de la otra parte.

En el caso del contrato de fletamento por tiempo, y en general en los demás contratos de utilización del buque, además de las causas listadas en el párrafo precedente, se puede resolver el contrato debido a situaciones que alteren o impliquen la finalidad económica del contrato, o alguna situación que genere la imposibilidad de ejecutar lo acordado en el contrato, situaciones como por ejemplo, el naufragio del buque. En los casos en los que se resuelve el contrato por alguna de estas situaciones estamos frente a lo que la doctrina inglesa denomina como frustración del contrato.

La doctrina de la frustración es aplicada en aquellos casos en los que ocurre un evento, sin mediar responsabilidad de alguna de las partes, que hace que la ejecución del contrato sea imposible o implique tal modificación a las prestaciones que estaríamos virtualmente frente a un contrato totalmente distinto. Tal definición se desprende de los pronunciamientos de Lord Radcliffe y Lord Simon en los casos “Davis Contractors v. Fareham U.D.C.” y “National Carriers v. Panalpina”¹¹³.

¹¹³ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 483

Estos pronunciamientos determinan los requisitos para poder aplicar la doctrina de la frustración que son: i) La ocurrencia de un hecho imprevisto; ii) Que el hecho ocasione la imposibilidad de ejecutar las obligaciones acordadas en el contrato; y iii) Que no medie culpa o negligencia de alguna de las partes.

El contrato de fletamento por tiempo podría verse frustrado por numerosas razones que han sido agrupadas por Ruiz Soroa, Zabaleta y González¹¹⁴ en las siguientes categorías:

i) Frustración por pérdida del buque:

Esta razón por la que un contrato de fletamento quedaría frustrado es, más bien, obvia. En caso de hundimiento del buque, se perdería el objeto sobre el cual recae la ejecución del contrato de fletamento por tiempo. El hundimiento o destrucción del buque tendrá las tres siguientes consecuencias: en primer lugar, la obligación de pagar el flete cesa; en segundo lugar, cualquier ejecución posterior del contrato será imposible; y finalmente, el contrato quedará resuelto.

La frustración por pérdida del buque incluye también los casos en los que el buque ha quedado dañado a tal punto que la reparación costará más de lo que costará el buque una vez haya sido reparado. En caso el fletante decida no reparar el buque, el contrato quedará frustrado. Ésta última causal tiene un tratamiento especial en nuestro derecho, en tanto el artículo 670 del CdC PE obligaría al capitán del buque a fletar, a su costo, otro buque para que transporte la carga hasta el puerto de destino.

ii) Frustración por retraso o pérdida de tiempo

El contrato de fletamento por tiempo podrá quedar frustrado si la ejecución del servicio se suspende por un periodo de tiempo tal que desnaturaliza el motivo por el cual el buque fue fletado. Ejemplos en los que podría operar esta frustración del contrato sería la requisa del buque; que el buque quede atrapado en algún puerto como sucedió en el caso “The Evia”; que el buque deba ser sometido a una reparación que tome mucho tiempo en completarse, etc.

¹¹⁴Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 151.

Para determinar si el contrato ha quedado frustrado se deberá revisar cada caso, atendiendo a si la pérdida de tiempo es lo suficientemente sustancial para frustrar el contrato. Por ejemplo, el estallido de una guerra usualmente se considera como un evento que puede dar lugar a la frustración de un contrato en tanto se considera como un acontecimiento cuya duración no puede preverse. Por otra parte, una huelga usualmente no se extiende por un periodo de tiempo tal que podría frustrar el contrato, sin embargo, podrían existir casos en los que sí, como sucedió en el caso “The Penelope”¹¹⁵.

iii) Frustración por quebrantamiento económico.

Respecto a este punto, la doctrina inglesa¹¹⁶ es bien clara al apuntar que únicamente existirá un quebrantamiento económico del contrato en caso exista un rompimiento extraordinario de la economía del contrato. La sola existencia de circunstancias que puedan hacer más onerosa la ejecución del contrato para una de las partes no será suficiente para frustrarlo. En este sentido, Lord Radcliffe manifestó lo siguiente en el caso Davis Contractors v. Fareham U.D.C.:

“It is not hardship or inconvenience or material loss itself which calls the principle of frustration into play. There must be as well such change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for.”

Como se puede concluir de este pronunciamiento, el solo incremento de los costos de alguna de las partes no será suficiente para frustrar el contrato.

¹¹⁵ Podemos encontrar un resumen de dicho caso en Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 492

¹¹⁶ Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. Op.cit. Pp. 494



CAPÍTULO SEGUNDO:

OTRAS CLASES DE CONTRATO DE FLETAMENTO Y SU RELACIÓN RESPECTO AL CONTRATO DE FLETAMENTO POR TIEMPO

Habiendo tratado en extenso el contrato de fletamento por tiempo, ahora pasaremos a estudiar los contratos que, junto con el contrato de fletamento por tiempo, han sido reunidos bajo la categoría de “contrato de fletamento”, estos son, el contrato arrendamiento de buque y el contrato de fletamento por viaje, con la finalidad de determinar si es que el contrato de fletamento por tiempo efectivamente puede ser considerado como parte de esta categoría clásica o si por el contrario, se trata de un contrato autónomo.

Como hemos mencionado, el buque es un bien mueble sujeto de ser explotado de diversas formas por su propietario, siendo una de estas, la explotación del buque a través de un tercero, a cambio de un pago. Es decir, el propietario del buque podría decir ceder la posesión del buque a un tercero que encargará de explotar el buque de manera directa asumiendo todos los riesgos que la navegación implica. Esta forma de explotar el buque es conocida bajo el nombre de arrendamiento de buque, también conocido como fletamento a casco desnudo, *bareboat charter*.

Antes de pasar a estudiar el contrato de arrendamiento de buque, consideramos importante precisar que si bien hemos mencionado que el buque es un bien mueble pues efectivamente tiene la capacidad de desplazarse de un lugar a otro, la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo No. 1400, Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria, ha modificado el artículo 885 del Código Civil estableciendo que las naves y embarcaciones son consideradas como bienes inmuebles. En este sentido, cuando a lo largo de la presente investigación haga referencia al buque como bien mueble, nos estamos refiriendo a este desde su aptitud para desplazarse de un lado a otro y no desde el punto de vista normativo.

2.1 El contrato de arrendamiento de buque

2.1.1. Definición. La doctrina ha definido el contrato de arrendamiento de buque de una manera pacífica. Así, por ejemplo, tenemos la definición del profesor Ignacio Arroyo¹¹⁷, quien define el contrato de arrendamiento de buque como aquel *contrato mediante el cual una persona, el arrendador, a cambio de una renta o alquiler, cede el uso del buque a otra persona, el arrendatario, quien, haciéndolo navegar por su cuenta, asume los derechos y obligaciones inherentes a la explotación, convirtiéndose en naviero o empresario de la navegación marítima.*

De forma similar, Gabaldón García y Ruiz Soroa¹¹⁸ definen al arrendamiento de buque de la siguiente manera:

“Mediante el contrato de arrendamiento de buque el propietario de éste cede a otra persona su goce y disfrute por un plazo cierto a cambio de precio.”

Por su parte, García-Pita¹¹⁹, luego de estudiar los aspectos más relevantes del contrato de arrendamiento de buque, propone la siguiente definición:

“Contrato por el cual una persona, llamada Arrendador, se obliga a ceder a otra, llamada Arrendatario, por tiempo determinado y por un flete o precio cierto proporcional al tiempo de duración del arriendo, la pacífica posesión y la dirección náutica de un buque, para su uso diligente en los tráficos y dentro de las rutas y límites de navegación pactados”

Sin importar la definición que se escoja, podemos notar que todas ellas coinciden en detallar la nota característica de este contrato, que no es otra que la cesión de la posesión del buque en favor del arrendatario. Esta cesión de posesión del buque implica a su vez la cesión de tanto la gestión náutica (como bien se detalla en la definición de García-Pita), como de la gestión comercial. En este sentido, desde el momento en el que el Arrendador cede la posesión del buque a favor del arrendatario, el primero se desliga por completo de la explotación del buque, mientras que, por su lado, el Arrendatario será el único responsable por la explotación

¹¹⁷ Arroyo, I. Op.cit. Pp. 437.

¹¹⁸ Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. Op.cit. Pp. 402.

¹¹⁹ García-Pita, J.L. (2006). *Arrendamiento de buques y Derecho Marítimo (Con especial referencia al derecho de formularios)*. Valencia. Tirant Lo Blanch. Pp. 127.

comercial del buque, convirtiéndose en tal sentido en naviero o en el titular de una empresa de navegación.

Esta característica es también recogida por la doctrina anglosajona¹²⁰, para quienes una de las características esenciales del Arrendamiento de buque es que el comando y la posesión del buque sean cedidos en su totalidad al arrendatario, denominando al arrendatario como “propietario” (*Owner pro hac vice*) aunque legalmente el arrendador mantiene la propiedad del buque.

2.1.2. Naturaleza Jurídica. A fin de determinar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de buque tenemos que concentrarnos en la característica esencial del contrato, esto es, la cesión de la posesión del buque, la misma que incluye tanto la gestión náutica como comercial a favor del arrendatario. Es decir, será el arrendatario y no el arrendador quien mantendrá la posesión del buque y lo hará a través del capitán, quien será un dependiente suyo y por lo tanto solo aceptará órdenes del arrendatario. Este traspaso de la posesión del buque es lo que nos permite afirmar que la naturaleza jurídica de este contrato es asimilable a la de un arrendamiento según es regulado en nuestro Código Civil, cuyo artículo 1666 señala lo siguiente:

“Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.”

Esta similitud se hace más patente aún si tenemos en cuenta que ambas figuras comparten el mismo “*nomen iuris*”. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no estamos frente a un contrato de arrendamiento común, sino más bien, tal y como sostiene la doctrina mayoritaria, frente a un contrato de arrendamiento de bien mueble de características particulares, cuyo objeto, tal y como señala García-Pita¹²¹, sea un bien de naturaleza mueble muy especial: el buque.

¹²⁰ Schoenbaum, T. (2004). *Admiralty and Maritime Law, Volume 2*. California. Thomson/West. Pp 7.

¹²¹ García-Pita, J.L. (2006). *Arrendamiento de buques...* Op.cit. Pp. 135.

Y es debido a estas particularidades que envuelven al contrato de arrendamiento de buque han llevado a la doctrina española¹²² a sostener que el contrato no cuenta con una regulación en España, en tanto el contrato de arrendamiento de buque no está contemplado en el CdC ES. Esta afirmación es igualmente válida en el ordenamiento peruano, teniendo en consideración que el CdC PE no es sino una copia casi literal del español como ya lo hemos mencionado.

En este punto, debe tenerse en cuenta que, si evaluamos el contrato de arrendamiento de buque desde las provisiones del Código Civil, éste deberá ser considerado como un contrato de arrendamiento de bien inmueble, esto luego de la modificación introducida por el Decreto Legislativo No. 1400 que mencionamos líneas arriba. Es por este motivo que la doctrina sostiene que las normas del derecho civil, si bien pueden complementar la regulación del contrato, son del todo insuficientes para regular el arrendamiento de un bien tan particular como es un buque, el cual se encuentra sujeto a una serie de peligros y condiciones particulares del medio en el que se emplea. En tal sentido, lo conveniente sería aplicar por analogía las normas del CdC PE que regulan el fletamento, siempre y cuando estas sean aplicables. Al respecto, compartimos la opinión del profesor García-Pita¹²³, quien sostiene que lo más práctico sería hacer una combinación de las normas del código civil respecto al arrendamiento y las relativas al fletamento del CdC PE. En este escenario, correspondería a las primeras la función de definir la estructural obligacional del contrato, siendo que las normas relativas al fletamento deberían ser empleadas para regular esas particularidades que envuelven a los contratos de utilización del buque que no son recogidas por el Código Civil.

Independientemente de la regulación aplicable al contrato de arrendamiento de buque, existen una serie de pólizas tipo que regulan el contrato en tráfico internacional. La póliza más conocida es la BARECON, póliza emitida por la BIMCO, cuya versión más reciente data del año 2017.

Esta póliza recoge las principales características del contrato y las obligaciones de las partes, así, por ejemplo, tenemos lo establecido en la cláusula segunda de dicha póliza, según

¹²² Al respecto, Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 38; Arroyo, I. Op.cit. Pp. 438; García-Pita, J.L. (2006). *Arrendamiento de buques y Derecho Marítimo (Con especial referencia al derecho de formularios)*. Valencia. Tirant Lo Blanch. Pp. 140 y 141.

¹²³ García-Pita, J.L. (2006). *Arrendamiento de buques...* Op.cit. Pp. 479.

la cual, durante el periodo del contrato, el arrendatario tendrá la posesión y control total del buque, así como su absoluta disponibilidad. La posesión a la que refiere la cláusula segunda de la póliza BARECON 2017 se refuerza con establecido en el literal d) de la cláusula 13¹²⁴, según la cual será el arrendatario el responsable de contratar a la tripulación del buque, los mismo que serán sus dependientes incluso si estos hubiesen sido designados por el arrendador, así como de toda la operación del buque.

2.1.3. Tipos de contrato de arrendamiento de buque. Si bien no existen tipos dentro del contrato de arrendamiento recogido en el código civil, en el caso del contrato de arrendamiento de buque, la doctrina divide su clasificación. Esta clasificación dependerá de si el buque se encuentra armado y equipado o no. Así, podemos distinguir entre: i) contrato de arrendamiento a casco desnudo y ii) contrato de arrendamiento de buque armado y equipado.

i) Contrato de arrendamiento a casco desnudo:

Este tipo de contrato de arrendamiento de buque, es también conocido bajo el nombre de arrendamiento o fletamento a casco desnudo. Este nombre proviene del hecho que el buque es entregado al arrendatario sin armar ni equipar o bien con un armamento y equipamiento incompleto, debiendo el arrendatario armar y equipar el buque antes de utilizarlo. En palabras de García-Pita¹²⁵, *el arrendamiento de un buque “a casco desnudo” constituye la hipótesis más rudimentaria en cuanto a la intervención en la explotación lucrativa del buque, por parte de su actual poseedor, que lo cede sin reservarse mando alguno sobre una dotación todavía no designada, ni reservarse, tampoco, intervención alguna en el negocio al que el Buque va a dedicarse.*

ii) Contrato de arrendamiento de buque armado y equipado:

Por otra parte, tenemos el denominado contrato de arrendamiento de buque armado y equipado, también conocido por la doctrina angloamericana como “*Time Charter by demise*”, por medio del cual, el arrendador cede la posesión de un buque completamente armado y

¹²⁴ *The Charterers shall at their own expense, crew, victual, navigate, operate, supply, fuel, maintain and repair the vessel during the charter period and they shall be responsible for all costs and expenses whatsoever relating to their use and operation of the vessel, including any taxes and fees. The crew shall be servants of the Charterers for all purposes whatsoever, even if for any reason appointed by the Owners.*

¹²⁵ García-Pita, J.L. (2006). *Arrendamiento de buques...* Op.cit. Pp. 335.

equipado para navegar. Esto implica que el buque es cedido con todo lo que este necesita para navegar, incluyendo la dotación del buque que viene designada por el arrendador. En estos casos, el arrendador cede, además de la posesión del buque, los contratos que pudiera haber suscrito con el capitán y la tripulación, quienes pasarán a depender única y exclusivamente del arrendatario.

Ruiz Soroa, Zabaleta y González¹²⁶ afirman que estamos frente a un supuesto complejo, en el que no solo se transfiere la posesión del buque, sino también la titularidad de los contratos laborales con la tripulación del buque, con lo que estaríamos frente a una especie de arrendamiento de un centro productivo de una empresa.

2.1.4. Obligaciones principales de las partes. Habiendo determinado la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de buque, podemos pasar a tratar las obligaciones más importantes de las partes. Como hemos mencionado, la doctrina considera que, en tanto estamos frente a un contrato de utilización del buque, cuyas particularidades lo alejan sustantivamente del contrato de arrendamiento regulado en el Código Civil, corresponde aplicar de manera analógica las reglas del contrato de fletamento contenidas en el CdC PE.

Sin perjuicio de la aplicación analógica del CdC PE, en tanto estamos frente a un contrato no regulado por nuestra legislación, las obligaciones principales de cada parte vendrán determinadas por el contenido del contrato que estas suscriban. En tal sentido, revisaremos las obligaciones contenidas en la póliza tipo BARECON 2017, a fin de evaluar el contenido de las obligaciones principales de cada una de las partes.

Para el análisis de las obligaciones de las partes nos basaremos en los preceptos del Código Civil y en la redacción de la póliza BARECON 2017, y se aplicaremos los preceptos del contrato de fletamento donde existen similitudes suficientes que lo justifiquen.

2.1.4.1. Obligaciones del arrendador. Podemos afirmar que el arrendador en el contrato de arrendamiento de buque, está obligado a ejecutar una sola obligación, esta es entregar el buque. Al igual de lo que sucede en el caso del contrato de fletamento por tiempo, el contrato de arrendamiento de buque tiene como primera obligación del arrendador, la de entregar el

¹²⁶ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. Pp. 39.

buque al arrendatario, tal y como se puede apreciar en la cláusula 3¹²⁷ de la Póliza BARECON 2017, que establece que el buque deberá ser entregado en estado de navegabilidad y listo para ser empleado de acuerdo a los términos acordados por las partes. El buque entregado deberá cumplir con las características descritas en la póliza, las mismas que juegan un papel fundamental a la hora de determinar la economía del contrato de buque, donde, la velocidad del buque y el consumo del mismo serán factores claves que tomará en consideración el Arrendatario antes de arrendar el buque.

En este punto debemos hacer una aclaración. Como ya hemos mencionado, tanto en las pólizas de los contratos de fletamento por tiempo, como en las de arrendamiento de buque, se emplea la palabra “*delivery*”. Sin embargo, en cada póliza, esta palabra tiene un significado distinto. En el caso del contrato de fletamento por tiempo, como ya se explicó, la palabra “*delivery*” refiere a la puesta a disposición del buque a favor del fletando. Por su parte, en el caso del contrato de arrendamiento de buque, la palabra “*delivery*”, si hace referencia a la entrega física del bien.

Esto queda claro cuando vemos lo establecido en el tercer párrafo de la cláusula 2 de la Póliza BARECON 2017, la misma que establece lo siguiente:

“Subject to the terms and conditions herein provided, during the Charter Period, the Vessel shall be in full possession and at the absolute disposal for all purposes of the Charterer and under their complete control in every respect.”

Como se puede apreciar, la cláusula es clara al detallar que el arrendatario ostentará la posesión completa del buque, estando a su absoluta disposición para realizar todos los actos que considere convenientes, siempre y cuando estos se realicen de acuerdo a lo establecido en el contrato. Ahora bien, como mencionamos cuando nos ocupamos del contrato de fletamento por tiempo, la posesión del buque es ejercida por el capitán del buque, quien en los contratos de arrendamiento de buque es un dependiente del arrendatario.

La entrega del buque debe realizarse de acuerdo a lo acordado en la póliza, es decir, en el lugar y momento convenidos. Así, la póliza BARECON 2017, al igual que las pólizas de

¹²⁷ “(a) The owners shall deliver the Vessel in a seaworthy condition and in every respect ready for the service under this Charter Party and in accordance to with the particulars stated in boxes 4 to 6. (...)”

fletamento por tiempo incluye provisiones respecto al momento en el que se debe realizar la entrega, estableciendo una ventana de entrega (LAY/CAN), según la cual el Arrendador debe entregar el buque en un periodo de tiempo determinado, en caso no hacerlo, el arrendatario podrá resolver el contrato.

Adicionalmente, la cláusula 3 de la póliza BARECON 2017 también establece que el buque deberá ser entregado en perfecto estado de navegabilidad. Tal y como sostiene la doctrina¹²⁸, la garantía de entregar un buque en condiciones de navegabilidad únicamente se extiende al inicio del contrato. Respecto al alcance de la misma, consideramos que son aplicables las consideraciones descritas al respecto cuando estudiamos el contrato de fletamento por tiempo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en el fletamento por tiempo, donde es necesario que el buque cumpla los tres aspectos de la navegabilidad, en el caso del contrato de arrendamiento de buque, serán las partes las que determinen cuales de todos estos aspectos deberá cumplir el buque dado en arrendamiento. Es decir, el buque deberá estar en capacidad de realizar los trabajos para los que se le haya contratado y estar en capacidad de recibir la carga que el Arrendatario requiera, de acuerdo a los términos del contrato y a la clase del buque arrendado. En las versiones anteriores de la Póliza BARECON, la obligación de navegabilidad se establecía como una obligación de diligencia, en el caso se la redacción de la versión 2017, se establece como una obligación de resultados.

Como ya mencionamos, la garantía de navegabilidad solo corresponde al inicio del contrato, siendo que el mantenimiento de la misma recae sobre el Arrendatario. Esto es claramente recogido por el literal c) de la cláusula 3 de la Póliza BARECON 2017, según la cual, una vez el Arrendador entregue la posesión del buque, se entenderá cumplida toda obligación del Arrendador al respecto, siendo que este solo será responsable frente al Arrendatario, en caso se vicios ocultos que no hubiesen podido ser detectados al momento de la entrega. Es por este motivo que en usualmente se realizan minuciosas inspecciones al buque previo a la entrega del mismo. Consideramos que lo anterior es comprensible en tanto es el arrendador quien ostenta la gestión comercial y la gestión náutica.

Desde el punto de vista del derecho civil, el arrendador está obligado a entregar el bien arrendado al arrendatario con todos sus accesorios, en el lugar, plazo y estado acordado, de

¹²⁸ Al respecto, Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 40; Arroyo, I. Op.cit. pp. 440.

acuerdo a lo establecido en el artículo 1678 del Código Civil. Tal y como recoge la doctrina civil¹²⁹, estamos frente a la obligación principal del arrendador, la misma que se materializa con la entrega de la posesión del bien arrendado. La redacción del Código Civil sería aplicable para el contrato de arrendamiento de buque, en tanto su redacción amplia no contravenga las particularidades del contrato.

De similar forma, el artículo 689 del CdC PE, sería aplicable, únicamente si se demuestra que el buque no se encontraba en condiciones de navegabilidad o apto para el servicio arrendado al momento de su entrega. Si la innavegabilidad deviene posterior a la entrega, entonces este artículo no sería aplicable.

2.1.4.2. Obligaciones del Arrendatario. Las obligaciones del Arrendatario en el contrato de Arrendamiento de buque son bastante similares a las del fletador en el contrato de fletamento por tiempo, salvo por el caso de la obligación de mantener el buque, la que en el caso del contrato de fletamento por tiempo recae exclusivamente en el Fletante mientras que en el contrato de arrendamiento de buque esta obligación recae sobre el Arrendatario, como veremos a más adelante.

2.1.4.2.1. *Pago del flete.* Al igual que en el caso del contrato de fletamento por tiempo, la obligación principal del Arrendatario es el pago de la renta convenida, llamada usualmente flete. Así, de manera similar a lo que ocurren en el fletamento por tiempo, usualmente se pacta el pago por adelantado y sin estar sujeto a descuentos. Esto viene regulado en la cláusula 15 de la póliza BARECON 2017 cuya redacción es similar a la de la mayoría de pólizas de fletamento por tiempo, como, por ejemplo, NYPE 2015, ROPAXTIME, BOXTIME 2004.

De la misma forma, la consecuencia por la falta de pago establecida en la Póliza BARECON 2017 es similar a la que regulan las pólizas de fletamento por tiempo, facultando al Arrendador a Retirar el buque (*“Withdrawal of the Ship”*), resolviendo de esta manera el contrato. Sin embargo, en este punto existe una diferencia con el contrato de fletamento por tiempo, y es que en tanto el Arrendador no mantiene la posesión del buque, éste no puede retirarlo del servicio de manera automática, como si lo podría hacer el fletante, sino que tendrá que acudir a los tribunales para recuperar la posesión del buque¹³⁰. Teniendo en cuenta la

¹²⁹ Tarazona, F. en (2010). *Código Civil Comentado, Tomo VIII*. Lima. Gaceta Jurídica. pp. 500.

¹³⁰ Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. Op.cit. pp. 407.

severidad de la cláusula, el literal e) de la cláusula 15 de la Póliza BARECON 2017 incluye también periodos de gracia (“*Anti-technicality clause*”) a fin de limitar la severidad de lo implica el derecho a retirar el buque que mantiene el Arrendador.

Por su parte, el Código Civil recoge la obligación de efectuar el pago en el numeral 2, del artículo 1681, dejando al acuerdo de las partes la forma, momento y lugar de efectuar el pago, por lo que no existiría problema para pactar pagos por adelantado. Por otro lado, la causal de resolución por falta de pago recogida en el numeral 1 del artículo 1697 del Código Civil es más benevolente con el arrendatario, autorizando a resolver el contrato en caso de falta de pago de dos rentas y transcurran 15 días luego del vencimiento de la segunda renta impaga. Sin perjuicio de ello, nada impediría pactar como condición resolutoria expresa lo establecido en la cláusula 15 de la póliza BARECON 2017, esto de acuerdo a lo regulado en el artículo 1430 del Código Civil.

2.1.4.2.2. *Mantener el buque.* A diferencia de lo que sucede en el contrato de fletamento por tiempo, en el contrato de arrendamiento de buque, es obligación del arrendatario el mantener el buque en estado de navegabilidad desde que esta toma posesión del mismo hasta que devuelve el buque. Como bien recoge el Profesor Arroyo¹³¹, la justificación para esto es que el Arrendatario es el único que explota el buque, obteniendo todos los beneficios derivados de dicha explotación, por lo que es lógico que sea el Arrendatario quien soporte dichos gastos.

Al respecto, la Póliza BARECON 2017 recoge esta obligación en su cláusula 13, estableciendo de manera específica que el Arrendatario será el único responsable de mantener el buque y realizar las entradas a dique que correspondan a fin de asegurar funcionamiento de acuerdo a la práctica comercial aceptada.

Por su parte, si bien el Código Civil establece como obligación del Arrendador el mantener el bien dado en arrendamiento, debiendo realizar las reparaciones necesarias, salvo pacto en contrario. Adicionalmente, el artículo 1681 del Código Civil establece que el arrendatario será responsable de efectuar las reparaciones que le correspondan de acuerdo a lo acordado en el contrato, por lo que desde el punto de vista del Código Civil no habría ningún inconveniente en incluir tal acuerdo.

¹³¹ Arroyo, I. Op.cit. pp. 439.

2.1.4.2.3. *Emplear el buque dentro de los límites acordados.* De manera similar a lo que sucede en los contratos de fletamento por tiempo, en tanto el Arrendador no mantiene control alguno sobre el buque, es de su interés regular su uso a fin de limitar de cierta forma los peligros a los que se encontrará expuesto y asegurar que el buque se emplee de acuerdo a su clase. En este sentido la Póliza BARECON 2017 establece en su cláusula 14, límites al empleo del buque, en los que se encuentran incluidos límites geográficos y límites respecto a la carga.

Considero que se puede aplicar de una forma analógica lo detallado para el caso de los límites en los contratos de fletamento por tiempo, con la única precisión que, en el caso del Arrendamiento de Buque, esta cláusula toma mayor importancia en la medida que el Capitán no puede negarse a efectuar un viaje, en tanto es un dependiente del Arrendatario.

El numeral 1 del artículo 1681 del Código Civil establece una obligación similar a cargo del Arrendatario, estableciendo que éste se encuentra obligado a cuidar el bien y emplearlo para el destino que se acordó en el contrato, mientras que el numeral 7 del mismo artículo establece una prohibición de emplear el bien de forma imprudente o de manera contraria al orden público.

2.1.4.2.4. *Devolver el buque al término del contrato.* Una vez culminado el plazo del contrato, el Arrendatario está obligado a devolver el buque, esto es, a devolver la posesión del buque al Arrendador. Tal y como mencionamos cuando tratamos este punto la hablar de las obligaciones del fletador en el contrato de fletamento por tiempo, la Póliza BARECON 2017, al regular la devolución del buque establece que el arrendatario no deberá permitir que el buque inicie un viaje, a menos que dicho viaje pueda ser concluido en un plazo que razonablemente permita la devolución del buque en la fecha pactada. Si el Arrendatario ordena el inicio de un viaje que, según su duración ordinaria, sería razonablemente previsible que pueda ser culminado antes del término del contrato, entonces estaremos frente a una “Orden Lícita”. Así al igual de lo que sucede en el contrato de fletamento por tiempo, si la orden es calificada como lícita y el buque por motivos nos imputables a las partes no puede ser devuelto a tiempo, entonces el Arrendatario no estará sujeto al pago de daños y perjuicio por la devolución tardía del buque.

Por otro lado, teniendo en cuenta que es el Arrendatario quien tiene la obligación de mantener el buque, éste será responsable de devolverlo en las mismas condiciones en la que lo recibió, salvo el desgaste natural del uso.

En tanto el arrendador no tiene ninguna facultad de dar órdenes al buque, puesto que el capitán se encuentra exclusivamente bajo las órdenes del arrendatario, el arrendador no se podrá oponer al inicio de un viaje ilegítimo. Por este motivo, la Póliza BARECON 2017 establece que, en caso el Arrendatario diera inicio a un viaje ilegítimo, éste estará obligado a pagar el fleta acordado en el contrato más 10% o bien la tarifa que esté vigente en el mercado, la que fuera más alta, esto sin perjuicio de los reclamos por daños que pudiera realizar el Arrendador.

La obligación de devolver el bien al término del contrato de arrendamiento se encuentra recogida en el numeral 10 del artículo 1681 del Código Civil. Podemos afirmar que la redacción que emplea nuestro código para regular esta obligación del Arrendatario es similar a lo regulado por la Póliza de arrendamiento de buque.

2.1.4.2.5. *Mantener indemne al arrendador.* Como se ha mencionado, el Arrendador al entregar el buque al Arrendatario, se separa por completo de la explotación del buque. Al recibir el buque, el Arrendatario se convierte en el único obligado a soportar las consecuencias que la explotación comercial del buque arrendado pudiera generar. Es por este motivo que la cláusula 22 de la póliza BARECON 2017, establece una obligación de mantener indemne al Arrendador, tal y como se puede apreciar a continuación:

“(a) The charterers shall indemnify the Owners against any loss, damage or expense arising out of or in relation to the operation of the Vessel by the Charterers, and against any lien of whatsoever nature arising out of an event occurring during the Charter Period. This shall include indemnity for any loss, damage or expense arising out of or in relation to any international convention which may impose liability upon the Owners”

Tal y como sostiene la doctrina¹³², si bien en la teoría el Arrendador no debería ser sujeto de obligaciones o responsabilidad alguna al encontrarse totalmente al margen de la explotación del buque, existen casos en los que la ley atribuye al propietario del buque, sea este naviero o

¹³² Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 42.

no, responsabilidad por la navegación del buque, como es el caso del artículo 599 del CdC PE, que hace responsable tanto al propietario del buque como al naviero por los actos del capitán.

Esta indemnidad se extiende a los créditos que el buque pudiera haber generado a lo largo del contrato, siendo que el único responsable por el pago de dichos créditos será el Arrendatario.

2.1.5. Diferencias y similitudes entre el fletamento por tiempo y el arrendamiento de buque. Habiendo tratado los puntos más importantes del contrato de arrendamiento de buque, se puede notar que este mantiene muchos puntos de conexión con el contrato de fletamento por tiempo. Es esta similitud, la que permite aplicar de manera analógica las normas y conceptos doctrinales del contrato de fletamento por tiempo al contrato de arrendamiento de buque. Como bien menciona Todd¹³³, entre estas similitudes tenemos, por ejemplo: i) La descripción del buque es de vital importancia; ii) ambos contratos dependen del plazo acordado y no del número de viajes que se vayan a realizar; iii) ambos casos los formularios establecen el derecho del retirar el buque en caso de falta de pago, entre otros.

Sin perjuicio de lo anterior, cada contrato tiene determinadas notas características que, en nuestra opinión, distinguen a uno del otro, al punto ser imposible plantear que nos encontramos frente a un mismo tipo contractual. En primer lugar, se hace patente que estamos ante tipos contractuales distintos cuando tomamos en consideración la naturaleza jurídica de cada contrato. En el caso del contrato de arrendamiento de buque, estamos ante un contrato calificado como un arrendamiento de cosa, en virtud del cual, una parte cede posesión del buque a favor de la otra, quien pasará a ostentar completo control y disposición del buque. Por otro lado, en el caso del contrato de fletamento por tiempo, estamos ante un contrato de locación de servicios, donde el servicio prestado es la puesta a disposición del buque en condiciones de navegabilidad en favor del fletador.

De esta forma, y tal y como lo recoge la doctrina¹³⁴, tenemos que, en el caso del contrato de arrendamiento de buque, el arrendatario asume la titularidad de la empresa de navegación, convirtiéndose en naviero y ostentando la posesión del buque, lo que le otorga control sobre

¹³³ Todd, P. Op.cit. pp. 114-115.

¹³⁴ Al respecto, Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 38; Arroyo, I. Op.cit. pp. 437; García-Pita, J.L. (2006). *Arrendamiento de buques...* Op.cit. pp. 162-163.

gestión náutica y comercial del buque, dándole facultades irrestrictas (dentro de los parámetros del contrato) para operar el buque. Por su parte, en el contrato de fletamento por tiempo, el fletante es el titular de una empresa de navegación, y al momento de poner a disposición el buque, únicamente cede la gestión comercial del buque a favor del fletador, lo que le permite a este último, dar órdenes respecto al empleo comercial de mismo.

Ésta diferencia en la naturaleza del contrato es causa a su vez de otra serie de diferencias. Así, por ejemplo, en el contrato de fletamento por tiempo, el capitán y la tripulación son dependientes del fletante, motivo por lo que éste último mantiene la posesión del buque, mientras que, en el caso del arrendamiento de buque, el capitán y la tripulación son dependientes del arrendatario.

Otra diferencia está en quién estará encargado del mantenimiento del buque. En el caso del fletamento por tiempo, este será obligación directa del fletante, estando el fletador autorizado a suspender el pago del flete en caso el buque sufra algún desperfecto que le impida disponer el buque. Por su parte, en el caso del arrendamiento de buque, el mantenimiento es obligación del arrendatario.

Adicionalmente, y como bien recoge el Profesor García-Pita¹³⁵, la redacción de la Póliza BARECON 89 establece en su cláusula 1 establece algunas definiciones de términos del contrato. Dicha cláusula al momento de definir a los arrendatarios establece que la palabra “fletadores” significará fletadores a casco desnudo, no pudiendo tal noción se interpretada como referente a fletadores por tiempo o fletadores por viaje.

En vista de lo anterior, considero que, si bien el contrato de arrendamiento de buque como el de fletamento por tiempo pueden ser enmarcados dentro de la categoría de los llamados contratos de utilización del buque, estos contratos son independientes uno del otro, por lo que no es adecuado subsumirlos dentro de una misma figura jurídica. Lo anterior se concluye en base a las diferencias en la naturaleza jurídica de cada uno de estos contratos. Considero que no es sería correcto subsumir dos contratos con naturalezas jurídicas distintas dentro de uno solo.

¹³⁵ García-Pita, J.L. (2006). *Arrendamiento de buques...* Op.cit. pp. 161.

2.2. El contrato de fletamento por viaje

2.2.1. Concepto. Al igual de lo que sucede con el contrato de fletamento por tiempo, existe una división entre las posiciones doctrinales respecto a la autonomía del contrato de fletamento, en este caso específico refiriéndonos al contrato de fletamento por viaje. Estas posiciones doctrinales son las mismas que mencionamos cuando se estudió el contrato de fletamento por tiempo.

Sin perjuicio de lo anterior, en este punto únicamente expondremos las posiciones de la tesis mayoritaria y la doctrina minoritaria, esto pues consideramos la tesis “mixta” no es aplicable pues tal y como concluimos en el punto anterior (conclusión que se aplica al caso del fletamento por viaje) el contrato de fletamento por tiempo no se puede asimilar al contrato de arrendamiento de buque, lo que dejaría a la doctrina mixta únicamente con la opción de identificar al contrato de fletamento como contrato de transporte, afirmación ya recogida por la tesis mayoritaria.

De acuerdo con la tesis mayoritaria, el contrato de fletamento por viaje se identifica con el contrato de transporte marítimo, definiendo el contrato en tal sentido como “*contrato de obra, en el que una parte (fletante) se obliga a poner el buque o buques a disposición de la otra parte (fletador), para el transporte de una mercancía o mercancías, a cambio del pago de un precio*”¹³⁶. Como se puede apreciar, para quienes defienden esta tesis, la prestación principal del contrato es transportar los bienes designados por el fletador, al puerto designado.

Por otra parte, la tesis minoritaria, sostiene la autonomía del contrato de fletamento frente al contrato de transporte marítimo, afirmando la división entre la empresa de navegación y la empresa de transporte. Este sector define al contrato de fletamento por viaje como “*el contrato por medio del cual el fletante, se obliga frente al fletador, a cambio del pago de un precio llamado flete, a poner a disposición un buque en condiciones de navegabilidad para la ejecución del viaje o viajes pactados*”¹³⁷.

Como se puede observar, para este sector de la doctrina, el contrato de fletamento no debe asimilarse al de transporte, siendo que la obligación principal del fletante es la puesta a

¹³⁶ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 167-168.

¹³⁷ Arroyo, I. Op.cit. pp. 472.

disposición del buque y la ejecución del viaje pactado mediante un buque que se encuentre en condiciones de navegabilidad.

Así pues, mientras que para la tesis mayoritaria la puesta a disposición del buque y la navegación del mismo no son sino prestaciones accesorias a la obligación principal del fletante que es el transporte de la mercadería, para la tesis minoritaria, la obligación de transportar es más bien una obligación secundaria que se deriva únicamente del cumplimiento de la obligación de poner a disposición el buque¹³⁸, y la ejecución del o los viajes acordados podría ser empelado para fines distintos al transporte, como podría ser, por ejemplo, el caso en el que se flete un buque rompehielos para que habrá camino a otro buque de carga.

Como bien reconocen la doctrina, el contrato de fletamento por viaje es empleado usualmente para el transporte de cargas homogéneas, sean estas líquidas, sólidas o gaseosas, como los son por el ejemplo: Minerales, petróleo crudo, gas licuado de petróleo, etc.¹³⁹, en las que existe un fletador que cuenta con una gran cantidad de carga, usualmente homogénea, siéndole más rentable el fletar un buque para realizar un envío específico. Este contrato también es empleado en el ámbito de las líneas libres (*Tramp Lines*), sin perjuicio de ello, la doctrina minoritaria sostiene que el contrato de fletamento por viaje

El contrato de fletamento por viaje, se extiende por medio de una póliza de fletamento por viaje. La póliza tipo estándar aplicable al transporte de cualquier tipo de carga es la GENCON 1994, creada por la BIMCO. Existen numerosas pólizas de fletamento por viaje que han sido creadas teniendo en cuenta las particularidades de la carga que se busca cargar, por ejemplo, la póliza ASBATANKVOY, creada para el transporte de crudo, la póliza GRAINCON, para el transporte de granos, o bien la CEMENTVOY destinada al transporte de cemento a granel.

2.2.2. Naturaleza Jurídica. De manera similar a lo que sucede en el fletamento por tiempo, el fletamento por viaje puede ser calificado como una locación de servicios, donde el servicio que se presta dependerá de la tesis que se siga.

¹³⁸ Sánchez Calero, F.; Sánchez Calero Guiliarte, J. (2010). *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen II*. Navarra. Editorial Aranzadi. pp. 668-669

¹³⁹ González-Lebrero, R. *Curso de Derecho...* Op.cit. pp. 378

Por un lado, de acuerdo a la tesis minoritaria, el fletante se compromete a poner el buque a disposición del fletador y a ejecutar el viaje acordado. Es decir, nos encontraríamos frente a una obligación de resultados, siendo el resultado prometido será la ejecución del viaje acordado. Por el contrario, si evaluamos este punto desde el punto de vista de la tesis mayoritaria, el resultado prometido será el transporte de los efectos embarcados. Esta es la posición que se ve recogida por el CdC PE, el cual establece en su artículo 670 que, si durante el viaje el buque quedara inservible, el capitán estará obligado a fletar, a su propio costo, otro buque que se encuentre en buenas condiciones para que reciba la carga y complete el viaje contratado. Como bien hemos señalado, el CdC PE sólo contempla el contrato de fletamento por viaje con fines de transporte.

De forma similar, los artículos 673 y 674 del CdC PE, establecen que no devengarán flete aquellas mercaderías que hubieran sido arrojadas al mar o aquellas que se hubiesen perdido a causa de naufragio o varada, debiendo ajustarse el flete en consecuencia y si este hubiese sido pagado por adelantado, el fletante deberá devolver al fletador el monto correspondiente.

A diferencia de lo que ocurren en el fletamento por tiempo, en el que la puesta a disposición del buque implica la cesión de la gestión comercial del buque al fletador, en el fletamento por viaje, el fletante retiene tanto la gestión náutica como la gestión comercial. En este contrato, el fletador mediante el pago del flete acordado, sólo obtiene el derecho a emplear la capacidad del buque en el viaje acordado.

En este sentido, dado que es el fletante quien mantiene la gestión náutica y la gestión comercial del buque, éste será el único encargado de soportar los gastos que irroque la aventura marítima.

2.2.3. Obligaciones de las partes. Como bien menciona el Profesor Girvin¹⁴⁰, la ejecución del contrato de fletamento por viaje se divide en cuatro etapas, las cuales son: i) el viaje preliminar al puerto de carga; ii) las operaciones de carga de los bienes a embarcar; iii) el viaje al puerto de destino; y, iv) las operaciones de descarga.

¹⁴⁰ Girvin, S. (2011). *Carriage of Goods by Sea*. Oxford. Oxford University Press. pp. 537

Estas fases se pueden agrupar fácilmente en dos grupos que denominaremos: etapa náutica, dentro de la que se encuentran las fases i y iii; y la etapa portuaria, dentro de las que se encuentran las fases ii y iv. De estas, la etapa náutica será responsabilidad exclusiva del fletante, como parte encargada de la gestión náutica y del empleo del buque, mientras que la responsabilidad derivada de la ejecución de la etapa portuaria será compartida entre el fletante y el fletador de acuerdo a la repartición de responsabilidades que acuerden las partes.

Teniendo en cuenta esta división por etapas del contrato de fletamento por viaje, realizaremos un estudio de las obligaciones que se generan para cada una de las partes en cada una de estas etapas, en vez de estudiar en primero las del fletante y luego las del fletador, esto pues como se verá, en algunos casos la obligación de ejecutar determinadas obligaciones dentro de una fase específica podrá recaer o bien en el fletante o bien en el fletador. Sin perjuicio de ello, y existen determinadas obligaciones que sí son específicas para cada una de las partes.

2.2.3.1. Obligaciones que se generan durante la etapa en el viaje preliminar. Si tenemos en consideración cómo opera el mercado de transporte marítimo, en el cual tener un buque ocioso representa pérdidas importantes para su operador, es normal que los fletantes busquen tener el buque operando de la manera más continua posible, minimizado así tiempos muertos en la operación del buque. Esta realidad lleva a los fletantes a fletar el buque a un tercero, incluso antes de culminar un viaje que el buque está ejecutando al momento de la celebración del contrato, lo que trae como consecuencia que en muchas ocasiones el buque no se encuentre en el puerto que ha sido nominado por el fletador, motivo por el cual existe una necesidad del buque de trasladarse a dicho puerto. Por este motivo, el profesor Girvin¹⁴¹ reconoce al viaje preliminar como una de las etapas del contrato, de la que se desprenden dos obligaciones, una a cargo de fletante y otra a cargo del fletador. Por parte del fletador, tenemos la obligación de nominar el puerto de inicio; por parte del fletante, será la puesta a disposición del buque en dicho puerto en la fecha convenida.

La obligación del fletador de nominar el puerto de inicio, dependerá de la redacción de la póliza. En estas se puede especificar el puerto o puertos (incluso en algunos casos llegando a ser tan específicos que nominan un muelle específico dentro de determinado puerto) a los que el fletador requiere que se dirija el buque, o bien puede establecerse que el fletador podrá

¹⁴¹ Girvin, S. Op.cit. pp. 537

escoger un puerto ubicado en determinada área geográfica, como podría ser cualquier puerto en el área comprendida entre el Callao y Guayaquil, por poner un ejemplo. Únicamente en este segundo caso en el que el fletador deberá nominar un puerto de inicio.

Respecto a esta obligación que pesa sobre el fletador, el Profesor Girvin¹⁴² ha recogido los casos más importantes al respecto, donde se han precisado cómo se ejerce este derecho y cuáles son sus límites, pudiendo agruparlos de la siguiente manera:

- a) El fletador deberá nominar el puerto en el plazo establecido en la póliza o bien en un plazo razonable si este no hubiese sido especificado. Si no lo hiciera, el fletante no podrá retirar el buque y resolver el contrato de manera inmediata, sino que deberá esperar las instrucciones del fletador, quedando facultado a reclamar los daños que el retraso en la nominación le generen. El fletador podrá resolver el contrato si el retraso es tal que frustra el contrato. Es decir, nos encontramos ante un *innominate term*.
- b) En los casos en los que se nominan dos o más puertos, el fletador no puede determinar en cual el buque recalará primero, salvo se haya especificado así en la póliza. Si no se ha especificado nada en la póliza, el buque procederá a los puertos de acuerdo a la ruta geográfica.
- c) Una vez nominado un puerto, este no puede ser modificado, salvo que el puerto, luego de su nominación devenga en inseguro. Considero que son aplicables a este punto las consideraciones respecto a la nominación de puertos seguros que detallamos al tratar el contrato de fletamento por tiempo. Una vez conocido el puerto de inicio, es obligación del fletante dirigirse a este. Tomando en consideración las realidades del tráfico, la póliza GENCON 1994 establece en su cláusula 1¹⁴³ que, tan pronto como el buque termine con sus compromisos previos, deberá dirigirse al puerto de carga en un periodo de tiempo razonable.

Ahora bien, así como el fletante busca maximizar sus ganancias teniendo el buque fletado la mayor cantidad de tiempo posible, el fletador busca reducir todos los costos que trasladar, almacenar o conseguir los bienes que cargará en el buque le pudieran generar. Esta búsqueda de maximizar sus ganancias, hace que sea de interés del fletador conocer con la mayor

¹⁴² Girvin, S. Op.cit. pp. 538-539

¹⁴³ "(...) The said vessel shall, as soon as her prior commitments have been completed, proceed to the loading port(s) or place(s) stated in box 10 or so near thereto as she may safely get an lie always afloat (...)."

precisión posible la fecha en la que el buque llegará al puerto de carga. Por este motivo, la mayoría de pólizas de fletamento por viaje, establecen dos precisiones. La primera de ellas es dónde se encuentra el buque a la firma del contrato, tal y como se puede apreciar en la cláusula 1 de la póliza GENCON 1994. La segunda, también contenida en dicha cláusula, es la llamada “fecha prevista de llegada”. Lo que buscan estas precisiones es darle un estimado al fletador de cuándo estaría el buque listo para cargar.

Como bien recoge la doctrina¹⁴⁴, los tribunales ingleses tratan estas precisiones como verdaderas “*conditions*” siendo que, si se cometen errores sustanciales en el cálculo de la posición del buque o de la fecha estimada, o bien actos dolosos, el fletador estará autorizado a resolver el contrato y reclamar daños y perjuicios.

Lo anterior se puede ver resumido en la posición de Lord Denning en el caso “*The Mihalis Angelos*”¹⁴⁵, en el que concluyo lo siguiente:

“(...) If the Owner of a ship or his agents states in a charter that she “is expected ready to load about 1 July 1965, he is making a representation as to his own state of mind; that is, of what he himself expects: and, what is more, he puts it in the contract as a term of it, binding himself to its truth. If he or his agents breaks that term by making a statement without any honest belief in its truth or without any reasonable grounds for it, he must take the consequences. It is at lowest a misrepresentation which entitles the other party to rescind; and at highest a breach which goes to the root of the matter. (...)”

Esta fecha prevista de llegada va acompañada usualmente de una cláusula de LAY/CAN, tal y como sucede en el contrato de arrendamiento de buque y en el de fletamento por tiempo. Siguiendo el pronunciamiento de Lord Denning, es importante notar que en caso el buque no cumpla con arribar al puerto designado en la fecha máxima de cancelación del contrato, el fletador estará autorizado a resolver el contrato, pero no a solicitar una indemnización de manera automática. Esta indemnización solo procederá en caso estemos ante de un caso de incumplimiento doloso o error sustancial por parte del fletante respecto a la fecha en la que esperaba tener el buque listo para cargar. Como bien mencionan Ruiz Soroa, Zabaleta

¹⁴⁴ Al respecto, Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 192-193; Girvin, S. Girvin, S. Op.cit. pp. 540-542

¹⁴⁵ *The Mihalis Angelos*, [1971] 1 QB 164 (CA)

y González¹⁴⁶, la cláusula de cancelación solo otorga la posibilidad de cancelar el contrato, pero por si misma, no genera indemnización alguna. Si se busca alguna indemnización esta podrá fundarse en la falta de diligencia para iniciar el viaje al puerto de carga o bien debido al incumplimiento de la cláusula “fecha prevista de llegada”. Por su parte, el CdC PE, tal y como lo mencionan Ruiz Soroa, Zabaleta y González (al hacer referencia al artículo 688, inciso 3 del CdC ES que fue copiado por el CdC PE) establece en su artículo 701 inciso 3 que en caso no se cumpla con poner el buque a disposición en la fecha pactada, el fletador podrá, además de resolver el contrato, reclamar los perjuicios que le produzca tal cancelación.

Sin perjuicio de la fecha en la que el fletante debe poner a disposición el buque, es importante recordar que éste deberá ser puesto a disposición del fletador en condiciones de navegabilidad. En este sentido, consideramos que son aplicables al contrato de fletamento por viaje, las mismas consideraciones que detallamos cuando tratamos esta obligación en el capítulo primero. Solo es necesario realizar una precisión al respecto, y esta es que la obligación de poner un buque en condiciones de navegabilidad será aplicable al inicio de cada viaje y no solo al inicio del contrato.

Incluso si se pacta que el viaje estará dividido en etapas, el buque deberá encontrarse en condiciones de navegabilidad al comienzo de cada una de esas etapas, tal y como lo determinó la Corte de Apelaciones inglesa en el caso “The Vortigern”, en el cual se contrató un fletamento por viaje para el transporte de copra desde las Filipinas, hasta Liverpool. Se acordó que el buque recalaría en el puerto de Colombo en Sri Lanka y en el puerto de Suez. Al partir del puerto de Colombo hacia Suez, el buque no contaba con suficiente combustible, por lo que se vieron obligados a utilizar parte del cargamento de pulpa seca de coco como combustible. Por este hecho, la corte hizo responsable al fletante por incumplir su obligación de proveer un buque en condiciones de navegabilidad.

Adicionalmente, debemos mencionar que la obligación de poner el buque a disposición en el caso del fletamento por viaje es más limitada en comparación con la que se experimenta en el contrato de fletamento por tiempo, puesto que en el caso del contrato de fletamento por viaje, el fletador solo obtiene el derecho de cargar los bienes acordados en el buque para que estos sean transportados al puerto de descarga determinado o por determinar en

¹⁴⁶ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 193

la póliza, a diferencia de lo que ocurre en el caso del contrato de fletamento por tiempo, en el cual el fletante cede la gestión comercial del buque al fletador a fin que este decida como explotarlo por el periodo de duración del contrato.

2.2.3.2. Obligaciones que se generan durante la etapa de carga. Como mencionamos, el contrato de fletamento por viaje se puede dividir en dos etapas, una de navegación, a cargo del fletante quien es el que debe soportar todos los peligros de esta aventura marítima, y otra de portuaria, en la que el buque debe ejecutar todas las operaciones que demande la carga de los bienes del fletador designe.

En este punto es importante recordar que, en el caso del contrato de fletamento por viaje, la gestión comercial del buque está a cargo del fletante, quien, por consiguiente, tendrá un interés de culminar cada contrato en el menor tiempo posible, y así comprometer el buque en otro contrato. Por su parte, el fletador adquiere un derecho a cargar los bienes en el buque. En este sentido, podemos decir que el interés del fletador en esta etapa del viaje es contar con el mayor tiempo posible antes de cargar los bienes, esto a fin de poder obtener mejores precios por la carga, o bien contar con el tiempo suficiente para poder procurar la carga y realizar las operaciones de carga. Estos intereses contrapuestos, han llevado a que los contratos de fletamento por viaje, se establezcan plazos específicos en los que el fletador debe realizar la carga, plazo denominado como “Plancha”, conocido también como “*Laytime*”, en caso no se cumpla con efectuar la carga en dicho plazo, el fletador deberá pagar al fletante una suma de dinero por el tiempo perdido, a este pago se le denomina como “Demora”, conocido también como “*Demurrage*”, conceptos que estudiaremos posteriormente.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos afirmar que el inicio de la etapa de carga, junto con todas sus obligaciones, dará inicio del periodo de plancha, para lo cual deberá suceder lo siguiente: i) que el buque se encuentre en el lugar acordado para iniciar la carga; ii) que el buque esté en condiciones de recibir la carga; y iii) que el fletante haya informado al fletador que el buque se encuentra listo para cargar.

Por su parte, el fletador estará obligado a proporcionar la carga que se cargará en el buque. Esta obligación comprende una dimensión cuantitativa y otra cualitativa. Respecto a la primera, esta se encuentra recogida en el artículo 693 del CdC PE, según la cual, el fletador será responsable de pagar la totalidad del flete correspondiente a la cantidad de carga estipulada en

el contrato en caso no cumpla con entregar la totalidad de dicha cantidad, salvo que el capitán consiga otra carga para reemplazar la que el fletador dejó de cargar.

Este flete que el fletador paga por las mercancías prometidas pero dejadas de embarcar es llamado “Flete sobre vacío” o “*Deadfreight*”. Como bien mencionan Ruiz Soroa, Zabaleta y González¹⁴⁷ y González-Lebrero¹⁴⁸, esta obligación de proporcionar la totalidad de carga prometida no es una obligación absoluta, pudiendo el fletador por exonerarse de la responsabilidad en caso de caso fortuito o fuerza mayor. En este sentido, podemos afirmar que en nuestro Derecho, el flete sobre vacío debe ser entendido como un pago y no como un concepto indemnizatorio, a diferencia de lo que suceden en el caso del Derecho inglés, para el cual, la obligación de proveer la carga es una obligación absoluta, por lo que el fletador no podrá exonerarse de la responsabilidad incluso si hubiese actuado con la diligencia debida para conseguir la carga. En este sentido, el pago del flete sobre vacío en el derecho inglés es un pago indemnizatorio por los daños ocasionados al incumplir el contrato¹⁴⁹.

Lo anterior no será aplicable si se ha pactado que el contrato será a suma alzada, en tanto el fletante no se verá afectado por la cantidad de carga que finalmente le provea el fletador, pues este igual estará obligado al pago del flete acordado.

Respecto a la dimensión cualitativa de dicha obligación, el fletador no está autorizado a cargar efectos distintos a los indicados en el contrato, salvo autorización expresa del fletante, tal y como establece los artículos 694 y 695 del CdC PE.

Provisto el cargamento por parte del fletador, este debe ser cargado en el buque. De acuerdo al artículo 632 del CdC PE, la obligación de llevar a cabo las operaciones de carga y descarga son responsabilidad del fletante, salvo pacto en contrario. Como es de suponer, el fletante busca limitar en la mayor medida posible las obligaciones y responsabilidades asociadas a las operaciones de carga y descarga, motivo por el cual han proliferado una serie de cláusulas que transfieren la responsabilidad por las operaciones de carga y descarga hacia el fletante o fletador. Ruiz Soroa, Zabaleta y González¹⁵⁰ han recopilado las cláusulas usuales que se

¹⁴⁷ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 281.

¹⁴⁸ González-Lebrero, R. *Curso de Derecho* ... Op.cit. pp.396

¹⁴⁹ Girvin, S. Op.cit. pp. 357

¹⁵⁰ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 218.

emplean para estos efectos, las mismas que dividen en dos tipos dependiendo el nivel de responsabilidad que recae sobre el fletante. De un lado tenemos las “Condiciones Brutas” o “*Gross Terms*” en las cuales el fletante tiene a su cargo las operaciones de carga, estiba, descarga y demás operaciones, en tanto los costos asociados a las mismas se encontrarán comprendidos dentro del flete. Algunos ejemplos de este tipo de cláusulas son:

- Liner Term: Bajo esta cláusula, la carga se recibe al lado del buque y de descarga de igual manera al lado del buque, corriendo el fletante con los gastos y riesgos de la carga, estiba, descarga y demás operaciones.
- FAS o “*Free alongside ship*”: De igual manera a la anterior, la obligación del fletador de entregar la carga culmina una vez se ha colocado la carga al lado del buque.

Por otra parte, tenemos las cláusulas llamadas “Condiciones Netas” o “*Net Terms*”, en las que la obligación del fletante se reduce simplemente al transporte de la carga, siendo de cargo y responsabilidad del fletador la carga, estiba, descarga etc. Algunos ejemplos de este tipo de cláusulas son:

- F.O.B. o “*Free on Board*”: Cuando se incluyen en un contrato de fletamento por viaje, la carga será entregada al fletante una vez la misma se encuentre cargada en el buque. Esto implica que el fletador tendrá la obligación de llevar a cabo las operaciones de carga y estiba.
- F.I.O. o “*Free in and out*”: Bajo esta cláusula, el fletador tendrá la obligación de llevar a cabo las actividades de carga, estiba, desestiba y descarga, asumiendo el costo y el riesgo de dichas operaciones. En algunos casos se agrega la “S” al final, convirtiendo a la cláusula en F.I.O.S, donde la S significa “*Stowed*” o estiba. Se incluye esta sigla a fin de eliminar cualquier duda respecto a quién deberá realizar la estiba de carga y soporta los daños que pueda sufrir la carga debido a una mala estiba.

Finalmente, tenemos las condiciones mixtas. Dentro de estas tenemos la denominada FILO o “*Free in liner out*”, según la cual el fletador tiene a su cargo las operaciones de carga y estiba, mientras que las operaciones de desestiba y descarga son responsabilidad del fletante.

Sin perjuicio de lo anterior, el CdC PE en su artículo 625, numeral 7, obliga al capitán del buque a siempre encontrarse presente durante las operaciones de carga y descarga, lo cual se sustenta en la figura del capitán como encargado absoluto de la seguridad del buque.

Finalmente, en esta etapa se emitirán los conocimientos de embarque una vez se hayan completado todas las operaciones de carga.

2.2.3.3. Obligaciones que se generan durante la etapa de viaje al puerto de destino.

Una vez efectuada la carga, culmina la primera fase de la etapa portuaria se inicia la segunda fase de la etapa náutica. Esta etapa está marcada por dos obligaciones a cargo del fletante. Siendo la primera la de emprender el viaje hacia el puerto de descarga dentro de un plazo razonable.

Como mencionamos, el contrato de fletamento por viaje es un contrato de resultados, donde el resultado final prometido es la ejecución del viaje pactado. Esta ejecución debe realizarse dentro de un plazo razonable, al igual de como sucede en el contrato de fletamento por tiempo. En este sentido, será igualmente aplicable a este caso, lo explicado en el capítulo segundo cuando se trató la obligación de celeridad que pesa sobre el fletante bajo el contrato de fletamento por tiempo.

De igual manera, este deber de emprender el viaje con la mayor celeridad posible implica que el fletante deberá tomar la ruta acordada, y en caso no se haya acordado ruta, deberá proceder por la ruta usual, al igual de lo que sucede en el contrato de fletamento por tiempo. En caso incumplimiento de este punto, estará sujeto a efectuar el pago de daños y perjuicios por no haber seguido la ruta acordada o en aquellos casos en los que nos y hubiese acordado, la ruta usual o la más directa.

2.2.3.4. Obligaciones que se generan durante la etapa de descarga.

Llegado el buque al puerto de descarga las obligaciones que se generarán son virtualmente las mismas a las que se genera cuando el buque está listo para cargar. En este sentido, el buque deberá encontrarse en el puerto de descarga, deberá estar preparado para realizar la descarga y el fletante deberá informar al fletador que el buque está listo para la descarga. Cumplido con lo anterior, iniciará el periodo de plancha para las operaciones de descarga, de forma similar a lo que ocurren en caso de las operaciones de carga.

La responsabilidad por las operaciones de descarga y desestiba se repartirá entre las partes de acuerdo a lo acordado en el contrato.

Teniendo en cuenta la calidad de contrato de resultados del contrato de fletamento por viaje, lógico sería que el flete se devengase una vez cumplido el servicio, es decir, una vez efectuado el viaje y descargados los bienes. El CdC PE recoge esta regla general en sus artículos 673 y 674, que establece que no devengarán fleta aquellos bienes arrojados al mar o aquellas que se hubieran perdido por naufragio o varada.

De igual manera, el Derecho Inglés entiende que, a falta de pacto en contrario, el flete deberá ser pagado una vez efectuado la entrega de las mercancías cargadas¹⁵¹.

Sin perjuicio de lo anterior, las partes bien pueden establecer que el flete sea pagado por adelantado. En dicho caso, si la mercadería se perdiera o bien no fuera entregada completa, se deberá ajustar el flete. Así, por ejemplo, la Póliza GENCON 1994 establece en su artículo 4 que el flete podrá ser pagado por adelantado o bien a la entrega de las mercancías cargadas tal y como se puede apreciar a continuación:

“(b) Prepaid. If according to Box 13 freight is to be paid on shipment, it shall be deemed earned and non-returnable, Vessel and/or cargo lost or not. (...)”

“(c) On delivery. If according to Box 13 freight, or part thereof, is payable at destination, it shall not be deemed earned until cargo is thus delivered. Notwithstanding the provisions under (a), if freight or part thereof is payable on delivery of the cargo the Charterer shall have the option of paying the freight on delivered weight/quantity provided that such option is declared before breaking bulk and the weight/quantity can be ascertained by official weighing machine, joint draft survey or tally. (...)”

Como se puede apreciar de la redacción de la cláusula, y tal y como lo recoge Simon Baughen¹⁵², en caso se acuerde el pago por adelantado del flete, este no podrá ser recuperado por el fletador en caso falte mercancía o esta se encuentre en mal estado. Sin embargo, el fletador podrá demandar al fletante por incumplimiento contractual, reclamando allí los daños y perjuicio que pudiera haber sufrido.

¹⁵¹ Baatz, Y. en (2014). *Maritime Law. Third Edition*. Abingdon. Informa Law from Routledge. pp. 164

¹⁵² Baughen, S. Op.cit. pp. 226-227.

El literal (c) descrito líneas arriba, recoge la opción de pago que tanto el CdC PE como la norma inglesa consideran como regla en caso de falta de acuerdo en contrario.

2.2.4. Plancha y Demoras. Una de las características del contrato de fletamento por viaje, es que el tiempo que su ejecución toma está considerado dentro del flete acordado. El fletante, está interesado en que la ejecución del contrato se realice en el menor tiempo posible. En este sentido, es de su interés poder establecer límites a la fase portuaria de la ejecución del contrato, sobre la cual no puede cuenta con la posibilidad de estimar su duración.

A fin de regular los límites a la fase portuaria, se establecieron los conceptos de plancha y demora. Debido a las dificultades que genera la interpretación de estos conceptos, distintas entidades internacionales como la BIMCO, la FONASBA (*Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents*); el Comité Marítimo Internacional (CMI por sus siglas en inglés) y la Baltic Exchange se unieron para emitir una serie de definiciones bajo el título “*Laytime definitions for charterparties 2013*” (en adelante, “LD”) que si bien no son vinculantes salvo se incluyan en los contratos, pueden ser empelados como referencia para entender los distintos conceptos en torno a la plancha y demora.

La plancha, es el plazo con el que cuenta el fletador para ejecutar las operaciones de carga y descarga. Las LD definen la plancha como el periodo de tiempo acordado entre las partes en el cual el fletante pondrá y mantendrá el buque disponible para realizar la carga, sin el cobro de un monto adicional al flete convenido¹⁵³.

De acuerdo a la doctrina¹⁵⁴, el inicio del periodo de plancha estará determinado por el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) Llegada del buque al lugar acordado para su puesta a disposición y ii) la emisión de una notificación válida al fletador respecto a que el buque está listo para iniciar la carga/descarga.

- i) Llegada del buque:

¹⁵³ *LAYTIME shall mean the period of time agreed between the parties during which the owner will make and keep the Vessel available for loading or discharging without payment additional to the freight.*

¹⁵⁴ Baughen, S. op.cit pp. 238; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp.232-233; Baatz, Y. Op.cit. pp. 164; Girvin, S. Op.cit. pp. 558-559

La llegada del buque estará definida por la redacción de la póliza. La doctrina diferencia dos tipos de pólizas, cuya diferencia está en determinar en qué lugar se considera que el buque ha llegado al punto acordado.

Por un lado, tenemos las denominadas pólizas de muelle (*berth charterparties*). Bajo este tipo de póliza, se entenderá que el buque ha arribado en el momento en el que el buque se encuentre en el muelle designado por el fletador. En este tipo de pólizas, el riesgo en la demora para llegar al muelle específico designado por el fletador será de cargo del fletante¹⁵⁵, salvo pacto en contrario.

Por otro lado, tenemos las pólizas denominadas pólizas de puerto o “*port charterparties*”. De acuerdo a estas pólizas se considerará que el buque ha arribado cuando llegue al puerto designado. Si bien parece igual de sencillo que la póliza de muelle, el concepto de puerto genera dificultades debido al concepto de puerto que se emplee.

Así, tenemos la definición de puerto provista por la LD, la que define puerto como:

Cualquier área donde los buques realicen operaciones de carga y descarga de mercancías, incluyendo pero no limitándose a muelles, amarraderos, fondeaderos, boyas, instalaciones en altamar así como los lugares fuera del área legal, fiscal u administrativa a donde el buque es ordenado a dirigirse a la espera de su turno, sin importar la distancia a la que dicha área se encuentre.

Como se puede apreciar, la definición es bastante amplia, incluyendo incluso áreas que se encuentran fuera del puerto. Al respecto, la Cámara de los Lores en su decisión respecto al caso “The Johanna Olendorff”¹⁵⁶ estableció las siguientes condiciones para considerar el buque como arribado en caso de pólizas de puerto: i) que el buque se encuentre dentro de las

¹⁵⁵ Girvin, S. Op.cit. pp. 560; Todd, P. Op.cit. pp.83

¹⁵⁶ [1973] 2 Lloyd’s Rep 285. En este caso, el buque llamado Johanna Olendorff fue fletado para transportar grano a uno de seis puertos a elección del fletador. Al respecto, la póliza establecía que para todos los puertos salvo para el puerto de Liverpool/Birkenhead establecía que la plancha iniciaría sin perjuicio que el buque se encontrar en el muelle (W.I.B.O.N.). El buque fue ordenado a dirigirse a Liverpool/Birkenhead. Al llegar, fue ordenado por la autoridad del puerto a anclar en el fondeadero de “Mersey Bar”, que se encontraba a 17 millas del muelle, hasta que algún muelle estuviese disponible. Desafortunadamente, el buque recién pudo acceder a muelle 16 días después. En este punto, la Cámara de los Lores concluyó que el buque debía ser considerado como arribado y por tanto el plazo de plancha había iniciado el día que ancló en el fondeadero de “Mersey Bar”, en tanto este era el lugar habitual de espera para los buques graneleros y que se encontraba a plena disposición del fletador.

inmediaciones del puerto, o bien donde los buques usualmente esperan en caso de congestión; y ii) que el buque debe encontrarse a disposición inmediata del fletador.

Sin perjuicio de lo anterior, existen una serie de cláusulas que usualmente se incluyen en las pólizas cuyo propósito es adelantar el momento en el que el buque se considera arribado y por tanto desplazan la responsabilidad por la congestión del puerto o bien por la obtención de permisos administrativos hacia el lado del fletador. En este punto, Ruiz Soroa, Zabaleta y González¹⁵⁷ han realizado una recopilación exhaustiva de estas cláusulas dividiéndolas en tres categorías:

- 1) Cláusulas que adelantan el inicio de la plancha, dispensado del requisito de arribo del buque. Estas cláusulas buscan que el fletante no esté sujeto al riesgo que pudiera generar la congestión del puerto, trasladándolo al fletador, siendo la cláusula más importante a denominada “Whether in berth or not (W.I.B.O.N.)”, Esta cláusula libera al capitán de la obligación de llegar al muelle para poder emitir el N.O.R., el cual se explicará en el punto ii) siguiente. Como bien explica se detalla en la definición provista por la LD¹⁵⁸, en caso el muelle designado no estuviese disponible en la fecha que el buque llegue al puerto, se podrá emitir el N.O.R.
 - 2) Cláusulas que adelantan el inicio de la plancha, sin dispensar del requisito de arribo del buque. Estas cláusulas refieren al turno de atraque.
 - 3) Cláusulas que actúan como una garantía por parte del fletador respecto a la inexistencia de congestión. Una de las más conocidas es la denominada “*reachable upon arrival*” por medio de la cual el fletador garantiza que el buque no encontrará congestión, haciéndose responsable de los daños y perjuicios que la congestión pudiera ocasionarle al fletante.
- ii) Notificación que el buque está listo para cargar (N.O.R)

¹⁵⁷ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 237-239

¹⁵⁸ 27. Whether in berth or not (W.I.B.O.N.) shall mean that if the designated loading or discharging Berth is no available on arrival, the Vessel shall be entitled to tender the Notice of Readiness from any recognized waiting place off port and Laytime shall commence in accordance to the Charter Party.

Una vez el buque está en condición de arribado, podrá cursar una notificación al fletador indicándole que el buque se encuentra listo para cargar o descargar. Esta notificación es conocida como “*Notice of readiness*” o N.O.R.

Como bien menciona el profesor Girvin¹⁵⁹, el propósito del N.O.R. es informar al fletador que el buque está listo para cargar/descargar, marcando esto el inicio del plazo de plancha. La emisión del N.O.R. debe tomar en cuenta el LAY/CAN cuando el primero se emite a raíz de la llegada del buque al puerto designado para la carga, marcando el inicio del contrato, el periodo de plancha no iniciará si el N.O.R. fue emitido antes de la fecha en la que el fletador está obligado a recibir buque, salvo que, este acepte la entrega del buque en una fecha anterior a la pactada.

Asimismo, la emisión del N.O.R. deberá darse en la manera prevista y durante el horario pactado en el contrato. Teniendo en cuenta que dicha notificación implica el inicio del periodo de plancha, muchas pólizas establecen, por ejemplo, que el N.O.R. deberá ser emitido dentro del horario de oficina. Al respecto, la doctrina inglesa¹⁶⁰, a través de la decisión de la Corte de Apelaciones ha establecido que, si el aviso es emitido fuera del horario convenido, dicha notificación no será inválida, sino que su eficacia se verá retrasada al inicio del horario siguiente que se considere hábil de acuerdo a la póliza.

Finalmente, para que la notificación que el buque se encuentra listo sea válida, el buque debe encontrarse efectivamente listo para recibir la carga o para descargarla. En este sentido, el aviso debe contener una declaración del estado del buque, la misma que, si no es acertada, generará que la notificación sea considerada como nula y por tanto no surta efectos para el inicio de la plancha¹⁶¹. En este sentido, el buque deberá encontrarse listo tanto física como administrativamente para recibir la carga. Esta aptitud física implica que el fletador tenga disposición absoluta de la capacidad de carga, que el buque se encuentre con las bodegas limpias; que sus equipos de carga/descarga estén operativos etc. De igual manera, el buque deberá estar listo desde el punto de vista administrativo, es decir, deberá haber cumplido con todas las regulaciones portuarias haber obtenido toda la documentación de las autoridades pertinentes.

¹⁵⁹ Girvin, S. Op.cit. pp.571

¹⁶⁰ Girvin, S. Op.cit. pp. 572

¹⁶¹ Baatz, Y. Op.cit. pp. 168-169

iii) Cómputo del periodo de plancha

El cómputo del plazo de plancha se realizará de acuerdo a lo estipulado en la póliza de fletamento. Si el plazo no está especificado, este deberá ser un plazo razonable o bien el plazo establecido por la costumbre del puerto. Si el plazo está fijado, este se computará de acuerdo a lo descrito en la póliza, siendo que se podrá calcular por días, días hábiles, días hábiles si el clima lo permite. Asimismo, la plancha podrá calcularse en base a cantidades cargadas por día.

Sin perjuicio de lo anterior el cómputo del plazo de plancha podrá suspenderse debido a actos que interrumpen las operaciones de carga/descarga que se encuentren fuera del control del fletador. Algunas de estas posibilidades de suspensión son el acontecimiento de huelgas, cuando el buque deba cambiar de muelle, clima, etc.

iv) Demoras

Una vez cumplido el plazo de plancha, el fletador entra en lo que se denomina demoras. “Se denomina demoras al tiempo de prolongación en el que el buque está a disposición del fletador para efectuar operaciones de carga/descarga, una vez expirado el tiempo de plancha. También se designa con el nombre demoras a la suma que el fletador deberá pagar por dicho tiempo de prolongación.”¹⁶²

De la definición se puede apreciar que, vencido el plazo de plancha otorgado, el fletador estará obligado a efectuar el pago del monto por demora acordado por cada día. Esta cláusula es incluida en las pólizas de fletamento por viaje, como sucede en la póliza GENCON 1994, que incluye la obligación de pagar por el tiempo incurrido en demoras en su cláusula 7.

El cálculo de las demoras se realizará de acuerdo a lo establecido en la póliza, como por ejemplo, la cláusula 7 de la póliza GENCON 1994 establece que las demoras se devengarán por día, o pro rata a la parte del día que hubiese transcurrido. En este punto es importante precisar que en el cálculo de las demoras no aplicarán las excepciones que se pudieran haber pactado para el cómputo del plazo de plancha. Al respecto, la doctrina inglesa sigue la siguiente

¹⁶² Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 267.

máxima: “*Once on demurrage, always on demurrage*”¹⁶³, salvo que la extensión de la demora sea responsabilidad del fletante. Nuestro Código Civil también hace responsable por el caso fortuito y la fuerza mayor al deudor moroso, tal como se puede apreciar en su artículo 1336 según el cual:

“*El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroque por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. (...)*”

Al respecto, el artículo 63 del CdC PE establece la mora automática para el caso de obligaciones que cuyo vencimiento hubiese sido pactado por las partes en el contrato. Esta mora automática comenzará al día siguiente de vencido el plazo para la ejecución de la obligación incumplida, no siendo necesario en dicho caso intimar en mora al deudor. En este sentido, de acuerdo a lo establecido en el CdC PE, el plazo de demora comenzaría a correr a partir del día siguiente del último día de plancha otorgado por el contrato, salvo que las partes hubiesen pactado algo distinto. Ahora bien, el CdC PE no regula que sucede en caso de caso fortuito una vez constituido el deudor en mora, por lo que considero será aplicable de manera analógica lo establecido en el artículo 1336 del Código Civil antes citado.

v) Premio a la celeridad:

En contrapartida con los cobros por demoras, algunas pólizas como la CEMENTVOY 2006, establecen que, en caso el fletador no emplee la totalidad del tiempo de plancha, el fletante le pagará un premio por su celeridad, conocido como “*despatch money*”. Usualmente, el monto a pagar es equivalente a la mitad del monto que el fletador pagaría por demora.

De acuerdo a las LD, el “*despatch money*” es aquel monto que el fletante pagará si el buque completa las operaciones de carga o descarga ante que expire el plazo de plancha.

2.2.5. Diferencias y similitudes entre el contrato de fletamento por tiempo y el contrato de fletamento por viaje. Como hemos mencionado durante el desarrollo de este capítulo, existen una serie de similitudes entre el contrato de fletamento de por tiempo y el

¹⁶³ Baatz, Y. Op.cit. pp. 171; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. Op.cit. pp. 269; Girvin, S. Op.cit. pp.595; González-Lebrero, R. *Curso de Derecho...* Op.cit. pp. 387

contrato de fletamento por viaje, por lo que en este punto pasaremos a evaluar si nos encontramos ante contratos completamente autónomos entre sí; o si por el contrario estamos frente a dos modalidades de un mismo contrato.

Del estudio de ambos contratos se puede comprobar que ambos contratos comparten la misma naturaleza jurídica. Tanto en el contrato de fletamento por viaje como en el contrato de fletamento por tiempo, nos encontramos ante contratos de locación de servicios. En ambos casos, dependiendo de la doctrina que se siga, el servicio prometido será o bien la puesta a disposición de un buque en condiciones de navegabilidad, siendo que en el caso del fletamento por viaje, el servicio comprende además la ejecución del viaje o los viajes acordados, a cambio del pago del precio acordado, o bien la ejecución del transporte de las mercaderías cargadas por el fletador.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que en ambos casos estamos ante obligaciones de resultados, siendo que el resultado prometido en ambos casos será la puesta a disposición de un buque en condiciones de navegabilidad. Sin embargo, en el caso del contrato de fletamento por viaje, el resultado prometido incluye la ejecución de los viajes acordados, esto visto claro está desde la doctrina minoritaria, en tanto si lo evaluamos desde el punto de vista de la doctrina mayoritaria, el resultado prometido por el fletante será el transporte de los bienes.

Independientemente de la posición doctrinaria que se adopte, la obligación más importante del contrato de fletamento por viaje, a igual de lo que sucede con el fletamento por tiempo, es la puesta a disposición del buque en condiciones de navegabilidad y esta recaerá sobre el fletante. Si el fletante no cumple con poner un buque en condiciones de navegabilidad, el contrato pierde razón de ser dado que, si no hay un buque en condiciones de navegabilidad, el fletante no podrá cumplir con dicha obligación generándole responsabilidad por los daños que le genere al fletador y en algunos casos le permitirá a este último, la posibilidad de resolver el contrato. En este punto, encontramos un segundo nivel de similitud con el contrato de fletamento por tiempo, en tanto el objeto sobre el que recae el contrato es el buque.

Si bien ambos contratos comparten la misma naturaleza jurídica, esto no quiere decir que sean idénticos. Por medio del contrato de fletamento por viaje, el fletador adquiere únicamente el derecho emplear la capacidad del buque únicamente para el viaje acordado. Por

el contrario, en el caso del contrato de fletamento por tiempo, el fletador asume la gestión comercial del buque, adquiriendo así el derecho a decidir y dar órdenes respecto al empleo comercial del buque por el tiempo de duración del contrato, pudiendo decidir hacia donde se debe dirigir el buque, que actividades realizará el buque, que bienes se cargarán en este, en resumen, adquiere la posibilidad de decidir respecto a la explotación comercial del buque.

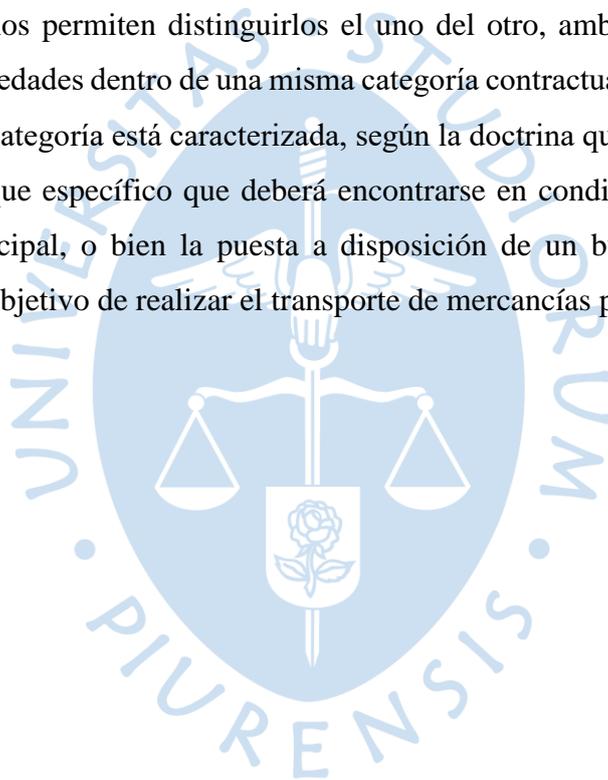
Esta diferencia en el reparto de la gestión comercial del buque influye en los gastos que cada parte debe asumir. Así, en el caso del fletamento por tiempo, los gastos relaciones al empleo comercial del buque serán de cargo del fletador, mientras que, en el caso del contrato de fletamento por viaje, será de cargo del fletante. Asimismo, la cesión de la gestión comercial también tiene un impacto respecto a al cobro del flete por parte del fletante. En el caso del contrato de fletamento por tiempo, el flete se devengará a con el solo paso del tiempo. El número de viajes ordenados por el fletador, no modificará el valor del flete que este deberá pagar al fletador. En el caso del contrato de fletamento por viaje, el flete se devengará en razón de los viajes acordados, por lo que mientras más viajes realice el fletante, mayor serán sus ingresos.

Una de las diferencias más obvias entre ambos contratos es la temporalidad en la que estos se desarrollan. Mientras que, en el caso del fletamento por tiempo, la duración del mismo vendrá marcada por el plazo acordado entre las partes, en el contrato de fletamento por viaje, el plazo del mismo será equivalente a lo que tome la ejecución del o los viajes pactados.

La temporalidad del contrato, junto con la cesión de la gestión comercial, han generado la creación de obligaciones especiales que solo se entienden en el marco de cada contrato y que no tiene un símil en el otro. Así, por el lado del contrato de fletamento por tiempo tenemos la obligación del fletante de ceder la gestión comercial del buque y asegurar la colaboración del capitán y la tripulación para con el fletador, obligación que viene contrapuesta por la obligación del fletador de emplear el buque dentro de los límites establecidos en el contrato. Por su parte, en el caso del contrato de fletamento por viaje, esta necesidad que tiene el fletante de realizar el mayor número de viajes posibles ha llevado al establecimiento de cláusulas de plancha y demora que, como hemos mencionado, regulan el plazo con el que cuenta el fletador para efectuar las operaciones de carga y descarga, así como la penalidad por excederse de dicho plazo.

Por otra parte, la cesión de la gestión comercial a favor del fletador, le permite al contrato de fletamento por tiempo ser un contrato que permite la superposición de contratos de explotación del buque. Por ejemplo, un fletador en un contrato de fletamento por tiempo, podría celebrar otro contrato de fletamento por tiempo o bien un contrato de fletamento por viaje, donde asumiría la posición de subfletante. Si se acepta la postura de la doctrina minoritaria, se podría afirmar incluso que el contrato de fletamento por tiempo podría ser empleado por el fletador para celebrar contratos de transporte con terceros.

En vista de lo anterior, considero que es posible afirmar que, si bien nos encontramos ante contratos distintos y autónomos, cada uno de los cuales mantiene una serie de particularidades que nos permiten distinguirlos el uno del otro, ambos contratos pueden ser clasificados como variedades dentro de una misma categoría contractual denominada “Contrato de Fletamento”. Esta categoría está caracterizada, según la doctrina que se siga, por la puesta a disposición de un buque específico que deberá encontrarse en condiciones de navegabilidad como obligación principal, o bien la puesta a disposición de un buque en condiciones de navegabilidad con el objetivo de realizar el transporte de mercancías por mar.





CAPÍTULO TERCERO:

¿FLETAMENTO O TRANSPORTE, ES EL CONTRATO DE FLETAMENTO UN CONTRATO AUTÓNOMO?

Habiendo estudiado los contratos de arrendamiento de buque y fletamento por viaje y como estos se relacionan con el fletamento por tiempo, en este punto nos ocuparemos de evaluar la forma como el contrato de transporte de mercancías por mar se relaciona con el contrato de fletamento por tiempo. En este sentido, el objetivo de este capítulo será comparar el contrato de transporte de mercancías por mar y el contrato de fletamento por tiempo, a fin de analizar si estamos ante dos contratos autónomos tal y como lo sostiene la tesis minoritaria, o si, por el contrario, nos encontramos ante dos modalidades de un mismo contrato, como defiende la tesis mayoritaria.

3.1. Aparición del contrato de transporte de mercancías por mar.

Como mencionamos anteriormente, el CdC PE se inspira en el CdC ES que data de 1885. Al respecto, los autores¹⁶⁴ afirman que este cuerpo normativo y por consiguiente el CdC PE, no regula el fletamento por tiempo ni el contrato de transporte de mercancías por mar, sino únicamente recoge la figura del fletamento por viaje como contrato de transporte.

Esta afirmación se sostiene en el hecho que, en la época en la que se dio el CdC ES, la realidad del tráfico marítimo era una en la que, por un lado, los propietarios de barcos que explotaban sus propios barcos, por otro, los fletadores fletaban la totalidad del buque para trasladar sus productos. Esta realidad se generaba por la incertidumbre propia de la navegación a vela, de la falta de medios de comunicación inmediata entre las ciudades y los propios buques.

Posteriormente, los avances tecnológicos como las máquinas a vapor, hélices, comunicación inalámbrica, entre otros, fueron transformando la realidad del tráfico marítimo, convirtiéndola en un antecesor directo a lo que podemos encontrar hoy. Al respecto, Gonzáles

¹⁶⁴ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González, M. *Op.cit.* Pp. 19-24; González-Lebrero, R. (2018). Los contratos de utilización de buques. En “Los contratos sobre el buque en Derecho español. Análisis práctico”. Madrid. Editorial Dykinson. Pp. 66-67

Lebrero¹⁶⁵ sostiene que estos avances permitieron una mayor certeza para los comerciantes y los propios navieros, quienes ahora podían saber cuándo llegarían los buques al puerto, así como cuanta cantidad de su producto era demandada por sus compradores en determinado puerto de destino, llevando a que los comerciantes estuvieran en la capacidad de limitar las cantidades que necesitaban transportar a aquellas demandas en el puerto de destino. Estos cambios en el tráfico llevaron a la irrupción de nuevos contratos marítimos, tales como el contrato de fletamento por tiempo, el contrato de transporte de mercancías por mar, por ejemplo.

En este sentido, podemos afirmar, que tanto el contrato de fletamento por tiempo como el contrato de transporte de mercancías por mar son producto de la mayor certidumbre que los avances tecnológicos otorgaron a los navieros y a los comerciantes. En este contexto, surge el denominado transporte de línea regular de la mano del contrato de transporte de mercancías por mar, que se caracteriza por lo siguiente¹⁶⁶:

- Existencia de itinerarios y rutas predefinidas.
- Existencia de multiplicidad de cargadores para un solo buque.
- Desequilibrio en el poder de negociación entre las partes.
- La aparición de la figura del fletador-porteador, quien, sin ser propietario de ningún buque, al tener a disposición un buque en virtud de otro contrato, subcontratan con cargadores el transporte de mercancías.

Al revisar las características antes descritas se pueden apreciar algunas de las diferencias que existen entre el contrato de fletamento por tiempo y el contrato de transporte de mercancías. Así, mientras el contrato de transporte de mercancías se da de acuerdo a rutas e itinerarios predefinidos, los contratos de fletamento por tiempo se dan en el ámbito de la navegación no regular, en donde el fletador puede determinar la ruta hacia la que debe dirigirse el buque. De igual manera, mientras que una de las características del contrato de transporte es la existencia de múltiples cargadores, en el caso del contrato de fletamento por tiempo, el buque el fletado por entero por una sola persona, el fletador. Siguiendo con las diferencias entre las características de ambos contratos, mientras que en el caso del contrato de transporte existe un marcado contraste en la capacidad de negociación, en tanto los cargadores deben acogerse a las condiciones de los porteadores, en el caso del fletamento por tiempo, el poder de negociación

¹⁶⁵ González-Lebrero, R. *Los contratos de utilización...Op.cit.* Pp. 67

¹⁶⁶ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González, M. *Op.cit.* Pp. 21.

es virtualmente equitativo, en tanto el fletador tiene la posibilidad de procurar otro buque que le preste el servicio. Estas diferencias nos permiten afirmar que existen fundamentos para sostener la autonomía entre el contrato de fletamento por tiempo y el contrato de transporte.

Por este motivo, podemos concluir la realidad del tráfico marítimo está dominado por tres contratos de utilización del buque, por un lado, el contrato de fletamento por viaje, regulado por el código del comercio como ya se mencionó y por el otro, el contrato fletamento por tiempo y el contrato de transporte de mercancías, que no fueron recogidos por los legisladores al redactar el CdC ES y, por consiguiente, tampoco en el CdC PE.

Por su parte, la aparición la figura del fletador-porteador demuestra la existencia de una superposición de contratos, donde es posible que, en el marco de un contrato de fletamento por tiempo, un fletante termine transportando bienes de un tercero, con el que el fletador ha subcontratado. Al respecto, Rodolfo González-Lebrero sostiene que esta aparición del fletador-porteador como empresario marítimo que no cuenta con buques propios genera una dicotomía entre el empresario náutico de una parte y el empresario del transporte de otra.¹⁶⁷

Si bien hemos mencionado que el contrato de transporte no se encuentra regulado en el CdC, es preciso mencionar que, este desequilibrio del poder de negociación entre las partes característico del contrato de transporte de mercancías por mar llevó a la creación de normas internacionales a las que nos referiremos más adelante.

3.2. Definición.

Habiendo estudiado el contexto en el que surge el contrato de transporte de mercancías por mar y cuales son algunas de sus características más importantes, debemos ahora ocuparnos de definir este contrato. Al respecto, actualmente en la legislación peruana no existe una definición del contrato de transporte de mercancía por mar. Por un lado, como ya mencionamos, el CdC PE no regula el contrato de transporte de mercancías, como bien recoge el profesor García-Pita¹⁶⁸. Por otra parte, el Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque del 1924, conocido como las Reglas de La Haya, convenio del cual el Perú es signatario, que fue creado con la idea de generar una regulación uniforme que regulara

¹⁶⁷ González-Lebrero, R. *Los contratos de utilización...* Op.cit. Pp. 67

¹⁶⁸ García-Pita, J.L. *Contratos Náuticos y Estructura...* Op.cit. 129.

el transporte de carga, no contempla una definición del contrato de transporte de mercancías por mar, sino que únicamente describe qué deben entenderse como tal, únicamente haciendo referencia a los documentos que evidencian la celebración de un contrato de transporte de mercancías por mar, como se puede apreciar a de la redacción del Artículo 1, Literal b) de las Reglas de la Haya:

“Contrato de Transporte se refiere únicamente al contrato de transporte documentado por un conocimiento de embarque o cualquier documento de título similar en la medida que tal contrato se refiera a un transporte de mercancías por mar; incluyendo cualquier conocimiento de embarque o documento similar en virtud de un contrato de fletamento, desde el momento que tal conocimiento de embarque o documento de título similar, regula las relaciones entre el transportador y el tenedor del mismo;”

Por su parte, una versión más moderna de este intento de unificación de las normas que regula el transporte internacional de mercancía por mar denominado Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías de 1978, también llamado “Reglas de Hamburgo”, hace un mejor trabajo al momento de proporcionar una definición de contrato de transporte marítimo de mercancías, como se puede observar a continuación:

“Por contrato de transporte marítimo se entiende 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; no obstante, el contrato que comprenda transporte marítimo y transporte por cualquier otro medio se considerará contrato de transporte marítimo a los efectos del presente Convenio sólo por lo que respecta al transporte marítimo.”

De igual manera, las Reglas de Rotterdam definen el contrato de transporte de forma similar a la establecida en las reglas de Hamburgo, aunque un poco más resumida y con un mayor énfasis en el transporte multimodal, cuyo contenido es el siguiente:

Por “contrato de transporte” se entenderá todo contrato en virtud del cual un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever el transporte marítimo de las mercancías y podrá prever, además, su transporte por otros modos.

Como se puede apreciar, del concepto provisto por las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam se pueden determinar las obligaciones principales de las partes y las notas características del contrato. Desafortunadamente, ni las Reglas de Hamburgo ni las Reglas de Rotterdam son aplicables en nuestro régimen jurídico en tanto no han sido ratificadas por el Perú.

En un sentido similar a la definición provista por las Reglas de Hamburgo, el profesor Fernando Sánchez Calero¹⁶⁹ define el contrato de transporte marítimo como aquel contrato por el que una persona llamada porteador o transportista, asume, mediante determinado precio, la obligación de trasladar de trasladar una persona o una cosa de un lugar a otro.

3.3. Naturaleza jurídica.

De las definiciones detalladas en el punto anterior podemos notar que, al igual de los que sucede con los contratos de fletamento, estamos ante un contrato de locación de servicios, donde el servicio prometido es el transporte de la mercadería. En este caso, estamos frente a una obligación de resultados, donde el resultado prometido es el traslado físico de la mercadería de un puerto a otro.

Al respecto, la doctrina¹⁷⁰ sostiene que esta obligación de traslado es una obligación compleja, sino que la obtención del resultado prometido implica a su vez el cumplimiento de una serie de obligaciones por parte del porteador. Estas obligaciones que asume el porteador son las de recibir la carga, realizar el traslado de las mercancías al puerto acordado; custodiar las mercancías durante el transporte de las mismas; y realizar la entrega de las mercancías en el puerto de descarga.

La obligación de custodia sobre los bienes se genera al momento en el que el porteador recibe los bienes en el buque, momento desde el cual ostenta la posesión de los mismos, haciéndose responsable por estos.

¹⁶⁹ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 128

¹⁷⁰ En este sentido opinan Sánchez Calero en Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 131; Arroyo, I. *Op.cit.* Pp. 516; González-Lebrero, R. *Curso de Derecho... Op.cit.* Pp. 415.

Lo anterior tiene sentido en tanto lo que busca el cargador a la hora de contratar el transporte de determinados bienes, no es otra cosa que poder disponer de los mismos en el puerto de destino acordado en el mismo estado en el que fueron cargados al buque. Caso contrario, el cargador no vería satisfecha su necesidad en tanto los bienes que se descarguen en el puerto acordado no tendrán las mismas características o el mismo valor que tenían cuando estos fueron cargados.

3.4. El Contrato de transporte de mercancías por mar como supra-contrato.

Como hemos mencionado, actualmente existen tres posiciones doctrinales respecto al contrato de fletamento por tiempo. Teniendo en cuenta que ya hemos descartado la tesis mixta, en tanto esta tesis asocia al contrato de fletamento o bien el contrato de arrendamiento de buque, cuya distinción ya discutimos; o bien con el contrato de transporte, siendo que el elemento definidor será qué parte se compromete a realizar el transporte, en este punto pasaremos a ocuparnos de las otras dos tesis. Por un lado, la tesis mayoritaria, que afirma que el contrato de transporte incorpora dentro de sí al contrato de fletamento por tiempo, y por el otro, la tesis minoritaria que defiende la autonomía del contrato de fletamento por tiempo.

Podemos afirmar que el planteamiento de la tesis minoritaria no requiere de mayor explicación en tanto considera que, si bien el contrato de fletamento por tiempo puede ser empleado para el transporte, este no sería su único empleo, puesto que el servicio al que se compromete el fletante es la puesta a disposición de un buque en condiciones de navegabilidad a favor del fletador. Sin embargo, en este punto nos interesa determinar los motivos por lo que los defensores de la tesis mayoritaria sostienen que el contrato de transporte debe ser entendido como un supra-contrato que incluye, al contrato de fletamento por tiempo.

En primer lugar, aquellos que definen la tesis mayoritaria sostienen que la idea de que un contrato de navegación en donde el fletante no se responsabiliza de manera directa por el transporte no es sino producto de un exceso teorizador que, iniciado por la doctrina italiana, no tendría asidero en la realidad¹⁷¹. En este punto, Ruiz Soroa, Zabaleta y González manifiestan que si bien sería teóricamente posible la existencia de un contrato en el que se presten los medios técnicos del transporte pero sin la asunción directa de esta obligación de transporte, la realidad

¹⁷¹ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González, M. *Op.cit.* Pp. 33; Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. *Op.cit.* Pp. 400.

determinaría la inexistencia de este contrato, en tanto “*no se promete navegar, sino navegar para transportar.*”

Ruiz Soroa, Zabaleta y González, y también Gabaldón García adicionan a lo anterior que la concepción del contrato de fletamento por tiempo ajeno al transporte no puede sustentar el hecho que, cuando el fletador transfiere el conocimiento de embarque de los bienes a un tercero, el fletante es quien queda obligado como porteador ante el tercero que recibe este conocimiento de embarque. Adicionalmente, de acuerdo a lo autores antes mencionados, un análisis de las pólizas de fletamento por tiempo demostraría que el fletante siempre asume la responsabilidad de transportar la mercadería y de custodiarla.

Finalmente, el profesor Gabaldón García¹⁷² sostiene que desde el punto de vista del derecho positivo, el CdC ES conceptualiza al contrato de fletamento por viaje como un contrato de transporte, por lo que, si bien no lo dice textualmente, podemos concluir que dicho autor entiende que las provisiones de dicho cuerpo normativo son aplicables al contrato de fletamento por tiempo, pues como ya mencionamos, para la tesis mayoritaria el CdC ES y el CdC PE serían aplicables de manera directa al contrato de fletamento por tiempo.

3.5. Particularidades del contrato de transporte de mercancías por mar

Ahora pasaremos a estudiar las particularidades del contrato de transporte de mercancías por mar.

3.5.1. Partes del contrato. A diferencia de lo que sucede con los demás contratos evaluados en el presente trabajo en los que los elementos personales del contrato no generan mayores dificultades, en el caso del contrato de transporte marítimo de carga, si bien a primera vista es estudio de las partes del contrato no generan mayor inconveniente, la identificación de las mismas sí puede generar algunas dificultades, a lo que debemos agregar que, si bien estamos ante un contrato celebrado entre dos partes, porteador y cargador, usualmente participa en el contrato un tercero que si bien no ha intervenido al momento de la suscripción del contrato, tiene el derecho a recibir y reclamar que se le entreguen los bienes embarcados por el cargador. A este tercero se le denomina consignatario. Por este motivo, pasaremos a estudiar de una

¹⁷² Ruiz Soroa, J.M. *Op.cit.* Pp. 400.

manera resumida los elementos personales del contrato de transporte marítimo, que como hemos mencionado son: i) el porteador; ii) el cargador; y iii) el consignatario.

i) El porteador

El porteador es aquella parte en un contrato de transporte marítimo de mercancías que se obliga a efectuar el transporte de los bienes, es decir de trasladarlos del puerto de carga al puerto acordado para su descarga¹⁷³. Como hemos mencionado, el contrato de transporte de mercancía es un contrato donde se contrata un resultado específico, por lo que el porteador asume el riesgo de realizar el traslado de los bienes al puerto acordado.

Ahora bien, el hecho que el porteador asuma el riesgo de la consecución del resultado prometido no significa que sea este quien deba realizar efectivamente el transporte. El porteador que se compromete a transportar puede bien no ser propietario de ningún buque. Esta realidad quedó recogida en las Reglas de la Haya, la misma que definen al portador como de la siguiente manera:

“Porteador, comprende al propietario del buque o el fletador, quien forma parte de un contrato de transporte con un cargador”

Como se puede observar, las Reglas de la Haya reconocen la posibilidad que quien asume la obligación de transportar los bienes de un puerto a otro puede bien no ser la persona que efectivamente va a llevar a ejecutar el transporte. Esta definición, como bien sostiene el profesor Sánchez Calero¹⁷⁴, hace notar que las Reglas de Haya reconocen la distinción entre el contrato de transporte y el contrato de fletamento, en tanto reconocen la posibilidad que sea el fletador, y no el fletante, quien asume el riesgo de realizar el transporte de las mercaderías. Esto se da en aquellos supuestos en los que el fletante únicamente compromete a poner un buque en condiciones de navegabilidad para realizar los viajes solicitados/acordados frente al fletador/porteador.

Esta distinción entre fletante y porteador también viene recogida en el CdC PE bajo la distinción entre propietario del buque y naviero, lo que se puede deducir si evaluamos la redacción del

¹⁷³ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp.156-157; Arroyo, I. *Op.cit.* Pp.522

¹⁷⁴ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 170.

artículo 599 del CdC PE, el cual establece que “*el propietario del buque y el naviero serán civilmente responsables (...)*”, redacción que junto con los artículos 600 y 601 del CdC PE nos pueden llevar a aceptar que dicho cuerpo normativo, a diferencia de sus pares decimonónicos sí concibió una explotación marítima que no requiere de la propiedad del buque.¹⁷⁵

Esta superposición de contratos puede generar dos situaciones. Una en la que el porteador en el contrato es el propietario del buque y por lo tanto quien efectivamente realizará el transporte; o bien podemos estar frente a la posibilidad en la que el porteador no es el propietario del buque si no que dispone de él en virtud de un contrato de fletamento¹⁷⁶, siendo en este caso que el transporte de la carga será realizado por el fletante, y no por el fletador/porteador.

Esta posibilidad de que el porteador no sea quien efectivamente va a llevar a cabo la operación técnica del transporte, junto con la superposición de contratos de explotación del buque, pueden dar lugar a dificultades al momento de identificar al porteador en el contrato. En caso el porteador sea el propietario del buque, es decir, quien efectivamente realizará el transporte, entonces no existirá ninguna dificultad a la hora de identificar al porteador, como bien sostienen Ruiz Soroa, Zabaleta, y González.¹⁷⁷

La dificultad se genera entonces cuando quien promete el resultado del transporte, no es el propietario del buque sino un fletador del mismo. En este caso, es evidente que el que realizará el transporte no será el fletador/porteador, sino más bien el fletante, a quien se le denomina en algunos casos porteador efectivo.

La distinción entre porteador y porteador efectivo, si bien se encuentra recogida en las Reglas de la Haya al incluir dentro de la definición de transportista al fletador, se ha visto recogida con mayor detalle en las Reglas de Hamburgo, según la cuales, se entiende por

¹⁷⁵ Calderón, E. (2019). “La responsabilidad del propietario del buque en el Derecho Peruano”. Revista de Derecho Vox Juris, Volumen 37. Recuperado de: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1605/pdf04>. Pp. 28-29

¹⁷⁶ No se está considerando al arrendamiento de buque en este punto pues, como se ha mencionado en el presente trabajo, cuando estamos ante un contrato de arrendamiento de buque, el arrendatario dispone del cómo mejor le convenga (dentro de los límites establecidos claro está), siendo que ostenta tanto la gestión náutica y la gestión comercial. En este sentido, se afirma que el arrendatario en un contrato de arrendamiento de buque será considerado en último como fletante en el caso de un contrato de fletamento, o bien como “propietario del buque” para los efectos de la definición de porteador establecida en las Reglas de la Haya.

¹⁷⁷ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. *Op.cit.* Pp. 383

porteador a toda persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre ha celebrado un contrato de transporte marítimo de mercancías con un cargador. Por otro lado, será considerado porteador efectivo a toda persona a quien el porteador ha encomendado la ejecución del transporte de las mercancías, o de una parte del transporte, así como cualquier otra persona a quien se ha encomendado esa ejecución.

Por su parte, en la redacción de las Reglas de Rotterdam se ha abandonado el término “porteador efectivo”, modificándose tal término por el de “parte ejecutante marítima”, definiéndolo de la siguiente manera: *“por “parte ejecutante marítima” se entenderá toda parte ejecutante en la medida en que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador durante el período que medie entre la llegada de las mercancías al puerto de carga de un buque y su salida del puerto de descarga de un buque. Un transportista interior o terrestre sólo será considerado parte ejecutante marítima si lleva a cabo o se compromete a llevar a cabo sus actividades únicamente dentro de una zona portuaria.”*

Independientemente de la calificación como porteador, porteador efectivo o parte ejecutante marítima, lo cierto es que esta superposición genera dificultades para los tenedores de los conocimientos para identificar al porteador se produce debido a la pobre identificación del porteador en los conocimientos de embarque que se emiten en virtud del contrato de transporte de mercancías¹⁷⁸.

Esto sucede en muchas ocasiones, los conocimientos de embarque emitidos por el porteador son firmados en nombre del capitán o bien en nombre del fletante que no ha sido parte del contrato de transporte marítimo. A fin de evitar estas dificultades en la identificación del porteador, la regla básica para identificar al porteador, será identificar a quién aparece como tal en el conocimiento. Si el capitán del buque firma el conocimiento sin precisar que lo hace en nombre del fletador, entonces a efectos de dicho conocimiento, será el fletante quien será considerado como porteador.¹⁷⁹,

En tanto la firma de estos conocimientos en nombre del fletante podría incrementar las obligaciones a las que originalmente se comprometió al suscribir el contrato de fletamento,

¹⁷⁸ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 173; Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. *Op.cit.* Pp. 501; Arroyo, I. *Op.cit.* Pp. 523

¹⁷⁹ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. *Op.cit.* Pp. 383

como ya mencionamos, las pólizas de fletamento usualmente incluyen una cláusula de indemnidad, por la que el fletador debe indemnizar al fletante por todos aquellos daños que la firma de los conocimientos presentados pudiera generarle. Incluso que en aquellos casos en los que no se ha contemplado una cláusula de indemnidad expresa, la doctrina afirma que existe una obligación implícita de mantener indemne al fletante.

Ahora bien, en caso el conocimiento sea emitido en nombre del fletador, entonces será este quien deba ser considerado como porteador para los efectos del contrato de transporte suscrito con el cargador.

En todo caso, a fin de evitar este problema con la identificación del porteador, algunos conocimientos de embarque incluyen en su redacción una cláusula de identidad del porteador, la misma que establece que la relación contractual evidenciada por el conocimiento es únicamente entre el propietario del buque y el cargador. En este punto, sostiene el profesor Girvin¹⁸⁰, esta cláusula no va en contra del artículo 3, numeral 8 de las Reglas de Haya, en tanto no implica una liberación o limitación de la responsabilidad del porteador, sino que únicamente precisa quién debe ser considerado como tal para efectos de dicho contrato de transporte.

ii) El cargador

El cargador, es la contraparte del porteador, es decir, quien contrata el transporte de las mercancías. Podemos afirmar que sobre el cargador recae una de las obligaciones fundamentales del contrato de transporte de mercancías por mar, que no es otra que la entrega de la mercadería. Si el cargador no entrega la mercadería, el contrato de transporte de las mismas pierde razón de ser en tanto no habrá nada que ser transportado. Como bien menciona Sánchez Calero¹⁸¹, la entrega de la mercadería marca el inicio de la ejecución del contrato.

En este punto podemos apreciar otra de las distinciones entre el contrato de transporte y el contrato de fletamento por tiempo. Para el último, el inicio de la ejecución del contrato no se ve marcado por la ejecución de un acto del fletador, sino únicamente con la puesta a disposición del buque por parte del fletante. Una vez puesto a disposición el buque, inicia el devengo del plazo del contrato y del cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes,

¹⁸⁰ Girvin, S. *Op.cit.* Pp. 182-183

¹⁸¹ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 233

independientemente de si el fletador da alguna orden respecto al empleo comercial del buque o no.

iii) El destinatario de las mercancías

Finalmente, tenemos al destinatario de los bienes, también llamado consignatario. En muchas ocasiones, el cargador puede solicitar que el conocimiento se emita a favor de un tercero que no ha participado en la celebración del contrato de transporte de mercancías. Al respecto, el profesor Ignacio Arroyo¹⁸² sostiene que la legitimación del destinatario nace del título documental, en tanto este tendrá derecho a que le entreguen los bienes en tanto ha sido consignado como el destinatario de los mismos en el conocimiento.

3.5.2. Conocimiento de embarque. Habiendo estudiado las partes que intervienen en el contrato de transporte de mercancías, pasaremos a estudiar el documento más importante que se genera a causa de la celebración de un contrato de transporte de mercancías por mar, nos referimos al conocimiento de embarque.

Como mencionamos, el momento que marca el inicio del contrato es la entrega de la mercadería que va a ser transportada al porteador. Desde dicho momento el porteador asume la posesión de los bienes cargados en el buque, y se hace responsable de su custodia. Este evento tan importante para el desarrollo del contrato de transporte de mercancías queda marcado por la emisión de un conocimiento de embarque por parte del capitán del buque. En este sentido, sostiene Ripert¹⁸³ el conocimiento de embarque es un reconocimiento provisto por el capitán, de que recibió la mercancía en el buque.

Esta función de reconocer que la carga de los bienes en el buque se ha efectuado, es la función original que tenía el conocimiento de embarque, sin embargo, este documento ha ido evolucionado y ha pasado a cumplir otras funciones igual de importantes. Las funciones que cumple el conocimiento de embarque en son las siguientes: i) Servir de prueba del contrato de

¹⁸² Arroyo, I. *Op.cit.* Pp. 525

¹⁸³ Ripert, G. (1954). *Compendio de Derecho Marítimo*. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina. Pp. 211

transporte suscrito; ii) servir de prueba de la carga de la mercadería, y; iii) Se constituye como un título valor que el derecho a reclamar los bienes en el puerto de entrega.¹⁸⁴

El Conocimiento de Embarque se encuentra regulado en el Perú por las disposiciones de las Reglas de la Haya, así como por la Ley No. 27287, Ley de Títulos Valores. Al respecto, el artículo 246 de Ley de Títulos Valores establece lo siguiente:

“El Conocimiento de Embarque representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo, lacustre o fluvial. Las normas de esta ley son de aplicación al Conocimiento de Embarque en todo aquello que corresponda a su naturaleza y alcances como título valor y no resulte incompatible con las disposiciones que rigen al Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías.”

Como se puede apreciar, la Ley de Títulos Valores recoge dos de las tres funciones que el conocimiento de embarque cumple, estas son, el de servir de prueba de las mercaderías cargadas y como bien menciona José Antonio Pejovés¹⁸⁵, el artículo pone de manifiesto que el conocimiento de embarque es un título valor representativo de las mercancías que son parte de un contrato de transporte marítimo.

Ahora pasaremos a detallar en qué consisten estas tres funciones:

i) Prueba de que las mercancías han sido cargadas:

La primera función de la cual nos vamos a ocupar es la función originaria del conocimiento de embarque, esto es, servir de prueba de la carga de las mercancías en el buque. Esta función es de vital importancia para el desarrollo del contrato, en tanto la obligación que asume el porteador es la de transportar la mercancía entregada, la misma que deberá ser devuelta en las mismas condiciones en las que fue recibida. A fin de cumplir con esta función, los conocimientos de embarque contienen una descripción de los bienes cargados, así como su

¹⁸⁴ Ramírez, L. (2012). *“El conocimiento de embarque como título valor en el Derecho Español (con referencias al ordenamiento peruano)”*. En “Estudios de Derecho Marítimo”. Navarra. Editorial Aranzadi. Pp. 682-683

¹⁸⁵ Pejovés, J.A. (2007). *Derecho Marítimo, 25 ensayos, Transporte Marítimo, Multimodal y Puertos*. Lima. Editorial Cuzco S.A.C. Pp. 131

cantidad o peso según corresponda; la condición aparente de los bienes, su valor declarado, entre otros datos relevantes.

Así, el porteador se compromete a transportar los bienes declarados y por este motivo esta declaración se convierte en una presunción *iuris tantum*, de que el porteador efectivamente recibió la mercancía en las cantidades y condiciones detalladas en el conocimiento. Esta precisión está recogida en el numeral 4 del artículo 3 de las Reglas de la Haya.

Esta posibilidad de probar en contra de lo declarado en el conocimiento podría afectar a los terceros que, de buena fe, adquieren las mercancías detalladas en el conocimiento. Lo anterior se debe a que este tercero de buena fe, no ha sido parte del contrato de transporte, ni ha podido comprobar si la información consignada en el conocimiento se condice con la realidad. En este sentido, a fin de evitar que los terceros de buena fe que adquieren un conocimiento de embarque se pudieran ver afectados, a través del protocolo modificativo del año 1968 (que generó las llamadas Reglas de la Haya-Visby) se modificó la redacción del numeral 4 del artículo 3 de las Reglas de la Haya, introduciéndose el siguiente párrafo: “*Sin embargo, no se admitirá prueba en contra cuando el conocimiento de embarque ha sido transferido a un tercero tenedor de buena fe*”

Esta inclusión, como bien menciona Sánchez Calero¹⁸⁶, modifica la fuerza de la presunción, convirtiéndola en una presunción *iure et de iure* respecto a las cantidades y condiciones de las mercaderías declaradas en el conocimiento solo cuando el conocimiento ha sido transferido a un tercero de buena fe. Ahora bien, es importante mencionar que el Perú no ha suscrito el protocolo modificativo de las reglas de la Haya, por lo que en nuestro caso, el conocimiento siempre supondrá una presunción *iuris tantum*.

ii) Prueba del contrato de transporte

La segunda función del conocimiento de embarque es la de fungir de prueba del contrato de transporte celebrado entre el porteador y el cargador. Como bien mencionan Ruiz Soroa, Zabaleta, y González¹⁸⁷, el contrato de transporte existe desde el momento en el que concurren

¹⁸⁶ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 271.

¹⁸⁷ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. *Op.cit.* Pp.410.

la oferta del porteador y la aceptación de tal oferta por parte del cargador, lo que sucede antes de la emisión del conocimiento.

A fin de probar la celebración del contrato de transporte, los conocimientos de embarque tienden a incluir un amplio clausulado de las condiciones que regulan el contrato de transporte contratado. Adicionalmente a estos amplios clausulados, se han hecho más comunes la emisión de conocimientos que no contienen las condiciones que regulan el contrato de transporte, sino que remiten a las cláusulas contenidas en una póliza de fletamento, o bien a un clausulado general que se puede obtener en las oficinas del porteador¹⁸⁸, estas son las llamadas cláusulas de incorporación.

Al respecto, la doctrina¹⁸⁹ sostiene que las cláusulas de incorporación serán válidas, siempre y cuando la redacción de la mismas permita determinar sin equivocación la voluntad de las partes de incorporar al conocimiento los preceptos establecidos en la póliza de fletamento o en los clausulados generales y que dicha incorporación no contravenga las disposición de Derecho imperativo, que en este caso es aquel establecido en el numeral 8 del artículo 3 de la Reglas de Haya, que establece que cualquier cláusula o convenio que busque liberar de responsabilidad al porteador será considerado nulo.

iii) Como título valor representativo de la mercadería.

Respecto a su función como título valor representativo de las mercancías cargadas, el conocimiento incorpora un derecho a favor de su tenedor de reclamarlas en el puerto de descarga.

En este sentido, el artículo 249 de la Ley de Títulos Valores, establece que “*el Conocimiento de Embarque negociable confiere a su legítimo tenedor acción ejecutiva para reclamar la entrega de las mercaderías. (...)*”

Adicionalmente, el conocimiento de embarque desde su función de título valor actúa como un título de tradición, en tanto su transmisión equivale a la entrega de las mercancías

¹⁸⁸ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 235-236

¹⁸⁹ En este sentido se manifiestan, Arroyo, I. *Op.cit.* Pp. 530-531; Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. *Op.cit.* Pp. 414-415; Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 148-149; Girvin, S. *Op.cit.* Pp. 186

descritas en tal conocimiento. Como bien lo manifiesta la profesora Lorena Ramírez¹⁹⁰, el conocimiento de embarque, en su calidad de título de tradición, cuenta con las siguientes características:

i) En primer lugar, el tenedor del conocimiento de embarque ostenta la posesión mediata de los bienes descritos en tal documento. Se habla de posesión mediata pues la posesión inmediata sobre la mercadería la ostenta el porteador a través del capitán del buque, en cuya custodia se encuentran los bienes.

ii) En segundo lugar, el conocimiento como título de tradición incorpora un derecho de disposición sobre las mercancías descritas en tal documento. Tal disposición se ejercerá a través de la transmisión del conocimiento de embarque a favor de un tercero.

iii) Finalmente, el conocimiento de embarque sustituye a la mercadería descrita en el mismo en el tráfico. Es decir, el efectuar la *traditio* del conocimiento de embarque es equivalente a haberla realizado respecto de las mercancías descritas en tal documento.

3.5.3. Obligaciones de las partes. En este punto nos ocuparemos de las obligaciones a cargo de las partes que intervienen en el contrato de transporte marítimo. Iniciaremos con las obligaciones del porteador, en tanto es quien asume la mayor parte de las obligaciones, para luego tratar las obligaciones del cargador y las del destinatario.

3.5.3.1. Obligaciones del Porteador. Como mencionamos anteriormente, el porteador, al ser quien asume la ejecución de la prestación esencial del contrato, esto es, el traslado de las mercancías, es quien asume la mayor parte de las obligaciones en el contrato de transporte, dentro de las que tenemos tres obligaciones de carácter esencial, que son: el transporte de la mercancía hasta el puerto de descarga acordado; la custodia de las mercancías entregadas; y, la devolución de las mismas al tenedor legítimo del conocimiento. Sin embargo, el cumplimiento de estas obligaciones esenciales viene acompañado del cumplimiento de otras obligaciones complementarias.

¹⁹⁰ Ramírez, L. *Op.cit.* Pp. 685.

Las obligaciones del Porteador se suelen clasificar en aquellas que debe cumplir antes del inicio el viaje; aquellas que debe cumplir durante la ejecución; y, aquellas que debe cumplir al término del viaje.

i) Obligaciones antes del inicio del viaje.

La ejecución del contrato de transporte exige que el porteador cumpla determinadas obligaciones antes de iniciar el transporte de las mercaderías. El porteador se obliga a cumplir las siguientes obligaciones antes del inicio del viaje: navegabilidad; cargar y estibar la mercadería y emitir el conocimiento de embarque.

a) Navegabilidad:

Al igual que en los todos los contratos de explotación del buque que hemos abordado a lo largo del presente trabajo, una de las obligaciones esenciales que el porteador debe cumplir es la proveer un buque que se encuentre en condiciones de navegabilidad para efectuar el transporte de los bienes. Esta obligación de navegabilidad se encuentra recogida en el numeral 1 del artículo 3 de las Reglas de Haya, según el cual:

“El porteador estará obligado, antes y al comienzo del viaje, a ejercer una debida diligencia para: a) Poner el buque en condiciones de navegabilidad; b) Dotar de tripulación, equipar y abastecer al buque adecuadamente; c) Preparar y poner en buen estado las bodegas, cámaras frías y frigoríficas, y todos los demás lugares del buque en las que se transportan mercaderías, en forma satisfactoria y segura para su recepción, transporte y conservación.”

La obligación de navegabilidad impuesta por el artículo 3 de las Reglas de la Haya, implica tanto los aspectos de navegabilidad absoluta como los de navegabilidad relativa, donde está la primera hace referencia a la capacidad del buque de enfrentar los riesgos de la navegación, la llamada “*seaworthiness*”; mientras que el aspecto relativo de la navegación hace referencia a la posibilidad del buque de cargar la carga específico a través de la ruta acordada. Este segundo aspecto se denomina “*cargoworthiness*”¹⁹¹.

¹⁹¹ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 323-324

Ahora bien, es importante notar que las Reglas de la Haya conciben la obligación de navegabilidad como una obligación de debida diligencia, y no como una obligación absoluta como sí lo hace el CdC PE. En este sentido, el porteador no será responsable por los daños que pueda recibir la carga debido a la innavegabilidad del buque, si es que este desplegó la debida diligencia para asegurar que el buque se encontraba en condiciones de navegabilidad. Al respecto, la doctrina¹⁹² reconoce que el estándar de diligencia que debe demostrar el porteador será el de un ordenado comerciante, referido a las operaciones que realizar. Es decir, desde un punto de vista del contrato de transporte, el estándar de diligencia esperado es el de un porteador marítimo competente que tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada contrato.

b) Carga y estiba

Esta obligación se encuentra recogida en el numeral 2 del artículo 3 de las Reglas de La Haya, según el cual el porteador deberá proceder de manera cuidadosa y apropiada a la carga, manipulación, estiba, custodia, etc., de la carga entregada.

La redacción del artículo podría hacer pensar que el porteador está obligado, en todos los casos, a efectuar las operaciones de carga y, por consiguiente, a soportar los riesgos que tal operación pudiera generar. Sin embargo, si bien usualmente en los contratos de transporte de mercadería es el porteador quien asume las operaciones de carga y descarga, mediante la adopción de cláusulas de Condiciones Brutas, es posible pactar que las operaciones de carga y descarga serán de cuenta y riesgo del cargador.

Al respecto, estamos de acuerdo con lo mencionado por Ruiz Soroa¹⁹³, quien sostiene que la manera correcta de interpretar el numeral 2 del artículo 3 de las Reglas de La Haya es entendiendo que las obligaciones de cargar apropiada y cuidadosamente la carga serán aplicables al porteador únicamente en cuando este haya asumido la responsabilidad por la carga y la descarga de los bienes.

Por su parte, la obligación de cuidar de las operaciones de estiba debe tener un tratamiento distinto al de las de carga. Por estiba debemos entender el conjunto de operaciones

¹⁹² Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 328; Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. *Op.cit.* Pp. 519.

¹⁹³ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. *Op.cit.* Pp. 437

materiales necesarias para la colocación adecuada de la carga dentro del buque, de modo que no entorpezcan ni perjudiquen las maniobras del buque¹⁹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta que las operaciones de estiba pueden tener un efecto en la navegabilidad del buque, por más que estas sean de cargo del cargador o de una empresa contratada para tal caso, el porteador, a través del capitán del buque, deberá cuidar y en todo caso exigir al cargador que realice una estiba adecuada, dado que si la mala estiba afecta la estabilidad del buque o su capacidad para realizar el viaje contratado, entonces el porteador será responsable por un incumplimiento de su obligación de proporcionar un buque en condiciones de navegabilidad, en tanto no habría actuado dentro del estándar de diligencia esperado.

c) Emisión del conocimiento de embarque

Finalmente, una vez las mercancías hayan sido cargadas, el porteador está obligado a emitir el conocimiento de embarque respectivo, siempre que el cargador así lo solicite, de acuerdo al numeral 3 del artículo 3 de las Reglas de La Haya.

ii) Obligaciones durante el viaje

Una vez efectuada la carga y estiba de los bienes en el buque, corresponde al porteador emprender el viaje hacia el puerto de descarga acordado. Esta etapa viene gobernada por dos obligaciones, la primera de ellas es la de seguir la ruta trazada para el viaje, siendo la segunda y la más importante, la obligación de custodia de las mercaderías cargadas en el buque.

a) Seguir la ruta trazada:

La obligación de seguir la ruta trazada viene establecida de forma negativa en las Reglas de La Haya, en tanto el numeral 4 del artículo 4 establece que, ningún cambio de ruta para salvar vidas o tratar de salvar vidas o bienes en el mar, ni ninguna desviación razonable serán consideradas como una infracción (...).

¹⁹⁴ Garrigues, J. *Op.cit.* Pp. 312.

De la redacción de dicho artículo podemos concluir que el porteador, salvo en los casos puntuales establecido en el artículo 4.4 de la Reglas, deberá seguir la ruta acordada, o bien si ésta no está definida en el conocimiento de embarque o en el contrato, se deberá realizar por la ruta habitual, para dicho viaje.

El contrato de transporte de mercaderías usualmente es llevado a cabo por compañías prestan servicios de línea regulares, cuya ruta e itinerario esta predeterminada y se encuentra de antemano a disposición de los cargadores, por lo que estos tienen conocimiento de la ruta que seguirá el buque.

En caso el porteador incumpla esta obligación, este responderá por los daños que tal desviación pueda causarle a la carga, así como por los perjuicios que el retraso ocasiona al destinatario de la mercadería¹⁹⁵.

b) Custodia de los bienes cargados

Junto con la obligación de efectuar el transporte de las mercaderías, la obligación de custodia de los mismos es una de las más importantes que el porteador debe cumplir. Como hemos mencionado, el contrato de transporte es un contrato de resultados, donde el *opus* prometido es el transporte de las mercaderías, las mismas que deberán ser entregadas en las mismas condiciones en la que fueron recibidas por el porteador.

Esta obligación de custodia viene recogida en el numeral 2 del artículo 3 de las Reglas de La Haya, replicado líneas arriba.

Esta obligación implica que el porteador soporta la responsabilidad por las pérdidas que las mercancías puedan sufrir, salvo que dichas pérdidas se hayan producido a causa de uno de los eventos enumerados en el artículo 4 de las Reglas de La Haya, el cual comprende un amplio listado de exoneraciones a la responsabilidad del porteador.

iii) Obligaciones al término del viaje

¹⁹⁵ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 351

Una vez cumplido el viaje, el porteador está obligado a descargar los bienes y a entregarlos al tenedor legítimo del conocimiento de embarque.

- a) Descarga de los bienes: al igual de lo que sucede con la obligación de cuidar la carga de los bienes, la responsabilidad por la ejecución de esta obligación vendrá determinada por los acuerdos a los que han llegado las partes. En este sentido, si las operaciones de descarga son de cuenta y riesgo del cargador o del destinatario, los daños que estas operaciones puedan ocasionar a las mercaderías cargadas no serán responsabilidad del porteador.
- b) Entrega de la mercadería: la obligación final del porteador es la de devolver las mercaderías cargadas al legítimo tenedor del conocimiento. Como bien menciona Sánchez Calero¹⁹⁶, para que esta obligación se vea cumplida es necesario que opere la *traditio*, lo que sucederá cuando los actos de puesta a disposición de los bienes cargados se ven completados mediante la recepción de los mismos por parte del tenedor legítimo del conocimiento de embarque.

Que opere la *traditio* es de suma importancia en tanto ello marcará el traspaso de la posesión inmediata que ostenta el porteador sobre las mercaderías a favor del legítimo tenedor del conocimiento, lo que marcará el fin de las obligaciones de custodia del porteador sobre la mercancía cargada, y por ende de su responsabilidad sobre la misma.

La puesta a disposición de las mercancías marca el nacimiento de la obligación del legítimo tenedor del conocimiento de recibirlas. El momento en el que los bienes son puestos a disposición dependerá de lo pactado por las partes, por ejemplo, en algunos casos los bienes se ponen a disposición dentro de las bodegas del buque, siendo en estos casos que el tenedor legítimo del conocimiento de embarque deberá efectuar las operaciones de descarga por su cuenta y riesgo. Por otro lado, tenemos casos en los que la puesta a disposición se realiza al lado del buque, esto es, la responsabilidad del porteador se extenderá hasta que los bienes hayan sido descargados y colocados al lado del buque; y finalmente tenemos aquellos casos en los que el porteador extiende su obligación de custodia sobre los bienes hasta los almacenes o fábricas del destinatario.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 359

¹⁹⁷ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González, M. *Op.cit.* Pp. 442; Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 364

Es importante mencionar que, en aquellos casos que las operaciones de descarga sean de cuenta del tenedor legítimo del conocimiento, éste deberá llevar a cabo tales operaciones en el plazo establecido en el contrato o si no se ha pactado un plazo, en el menor tiempo posible de acuerdo a las condiciones del buque y el puerto, caso contrario estará sujeto al pago de penalidades por la demora.

3.5.3.2. Obligaciones del Cargador. El cargador tiene a su cargo, dos obligaciones, estas son: entregar los bienes al portador para que sean cargados en el buque y el pago del flete.

i) Entrega de los bienes

En cabeza del cargador está la obligación que marca de cierta forma el inicio de la ejecución del contrato de transporte, esta es la de entrega de los bienes a ser cargados y que serán objeto del contrato. Como hemos mencionado, si el cargador no hace entrega de las mercaderías, entonces el contrato pierde razón de ser, pues el objeto sobre el cual recae dejaría de existir.

De forma similar a lo que ocurre en el contrato de fletamento por viaje, el cargador asume una obligación de proveer una cierta cantidad de carga y a poner dicha carga a disposición del portador para que este la cargue en el buque en la fecha acordada. De no cumplir con ello, el cargador se verá sujeto al pago de una penalidad conocida como flete sobre vacío.

Lo anterior se puede apreciar claramente en la redacción del literal d) de la cláusula novena del conocimiento de embarque tipo denominado CONLINEBILL 2016, según el cual:

“The Merchant or its Agent shall tender the cargo when the Vessel is ready to load, and as fast as the Vessel can receive including, if required, by the Carrier, outside ordinary working hours notwithstanding any customs of the port. If the Merchant or its Agent fail to tender the cargo when the Vessel is ready to load, or fails to load as fast as the Vessel can receive the cargo, the Vessel shall be entitled to leave the port without further notice and the Merchant shall be liable to the Carrier for deadfreight and/or any overtime charges, losses, costs and expenses incurred by the carrier”

La redacción de la cláusula es bastante clara y establece un régimen similar al descrito cuando tratamos el fletamento por viaje.

Asimismo, el porteador también será responsable por la exactitud de la información que le provea al porteador respecto a las marcas, número, cantidad y peso de las mercancías cargadas, tal y como recoge el numeral 5 del artículo 3 de las Reglas de La Haya. Al respecto, Sánchez Calero sostiene que esta obligación de indemnizar únicamente rige de manera interna entre el cargador y el porteador, siendo que esta no afectará al tercero que ha adquirido el conocimiento de buena fe.¹⁹⁸

ii) Pago del flete

Como contraprestación por el transporte de las mercaderías, el cargador está obligado a realizar el pago del flete acordado con el porteador. En algunas ocasiones se establece que quien pagará el flete será el destinatario de las mercaderías, en cuyo caso, será este quien debe efectuar el pago.

3.6. Diferencias y similitudes entre el contrato de fletamento por tiempo y el contrato de transporte marítimo.

En este punto evaluaremos las diferencias que existen entre el contrato de fletamento por tiempo y el contrato de transporte marítimo, de acuerdo a las posturas de la tesis mayoritaria y minoritaria, a fin de determinar si se podemos afirmar que el contrato de fletamento por tiempo es autónomo respecto del contrato de transporte marítimo o sí por el contrato, estamos frente a una categoría jurídica que puede ser subsumida dentro de la categoría del contrato de transporte marítimo.

Como ya lo hemos señalado, los defensores de la tesis mayoritaria sostienen el contrato de fletamento por tiempo debe ser tratado como una subespecie del contrato de transporte. Los defensores de esta tesis basan sus argumentos en lo siguiente:

¹⁹⁸ Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 369.

i) En primer lugar, sostienen que esta concepción italiana de la existencia escisión entre la empresa de navegación y la empresa de transporte, donde el fletante, titular de la empresa de navegación, no se responsabiliza de manera directa por el transporte no es más que exceso teorizador que no tendría asidero en la realidad¹⁹⁹.

ii) En segundo lugar, sostienen que no es posible la concepción de un contrato de fletamento ajeno al transporte por el hecho que cuando el fletador transmite el conocimiento de embarque a un tercero, el fletante es quien queda obligado como porteador respecto a los bienes.

iii) En tercer lugar, sostienen que la realidad contractual y del derecho positivo²⁰⁰ no reconoce la posibilidad de un contrato de fletamento por tiempo en el que el fletante no asuma la transportar la mercadería y custodiarla, tal y como ocurre en los contratos de transporte por mar, sino que por el contrario subsume al fletamento por tiempo dentro del contrato de transporte de mercancías.

Como se puede apreciar, para los defensores de la tesis mayoritaria el tema es claro, en tanto en la realidad práctica no soporta la existencia de un contrato de fletamento que no tenga como fin únicamente la navegación del buque, sino que esta deberla estar aparejada siempre a la ejecución de transporte²⁰¹.

Al respecto, consideramos que asimilar el contrato de fletamento por tiempo al contrato de transporte por el hecho que, supuestamente, en la realidad práctica únicamente es empleado para ello, es cuando menos simplista.

Respecto al primero de los argumentos descritos podemos afirmar que, la realidad del negocio marítimo nos demuestra, contrario a lo que manifiestan los defensores de la tesis mayoritaria, que si es posible la existencia de una empresa de navegación completamente escindida de la empresa de transporte. Como ya hemos mencionado, la aparición en el tráfico marítimo del fletador-porteador, que ha sido reconocida por las Reglas de La Haya, así como por las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam. Esta figura del fletador-porteador

¹⁹⁹ Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González, M. *Op.cit.* Pp. 33; Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. *Op.cit.* Pp. 400.

²⁰⁰ Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. *Op.cit.* Pp. 399

²⁰¹Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González, M. *Op.cit.* Pp. 442; Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 33

ejemplifica esta escisión entre la empresa de navegación y la empresa de transporte, donde el fletante únicamente se ocupa de poner a disposición del fletador un buque para que este lo emplee de acuerdo a sus intereses. El fletador, disponiendo de este buque podrá celebrar contratos de transporte con terceros en calidad de porteador, pero el punto importante aquí es el hecho que el fletador y no el fletante quien se compromete a realizar el transporte de los bienes de los cargadores, para ello el fletador empleará el buque que tiene a su disposición. Tal y como lo afirma el profesor Sánchez Calero²⁰², esta posibilidad reconocida en las Reglas de La Haya se basa en el hecho que el fletante, manteniendo siempre la gestión náutica sobre el buque, cede al fletador la gestión comercial del mismo, lo que permite a este último asumir la posición de porteador dentro de un contrato de transporte de mercancías por mar.

Con relación al segundo argumento que esgrime la tesis mayoritaria, esto es, el hecho que cuando el fletador transmite el conocimiento de embarque a un tercero, el fletante es quien queda obligado como porteador respecto a los bienes, por lo que este estaría asumiendo la obligación típica del porteador de custodiar los bienes cargados podemos afirmar, en primer lugar que en aquellos casos en los que fletante asume prestaciones típicas del contrato de transporte como lo son la condición y custodia, tales prestaciones se llevarían a cabo en el marco del cumplimiento de la obligación de poner el buque a disposición que pesa sobre el fletante²⁰³. Como bien sostiene el profesor García-Pita²⁰⁴, *“la puesta a disposición no es un mero acto técnico, que deviene de la obligación contractual porque sirve instrumentalmente a la operación socioeconómica de transporte, sino que constituye el objeto y causa del contrato.”*

En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, debido a que el cumplimiento de la obligación de poner el buque a disposición del fletante puede llevarle a asumir responsabilidades que no aceptó asumir, es que todas las pólizas de fletamento que hemos estudiando incluyen una cláusula de indemnidad, por medio de la cual el fletador debe mantener indemne al fletante de cualquier daño que pudiera sufrir a causa del empleo comercial del buque a mano del fletador.

En tercer lugar, la asunción de estas obligación de responder frente al cargador no es producto de un contrato de transporte entre el fletante y el cargador, pues este ha sido celebrado

²⁰² Sánchez Calero, F. *Op.cit.* Pp. 144.

²⁰³ García-Pita, J.L. *Contratos Náuticos y Estructura... Op.cit.* Pp. 110.

²⁰⁴ García-Pita, J.L. *Contratos Náuticos y Estructura... Op.cit.* Pp. 114.

únicamente entre el fletador-porteador y el cargador, sino que nace de una necesidad de proteger a aquellos terceros de buena fe que, sin ser parte de la relación originaria (fletante-fletador), no tienen como determinar quién será el encargado de realizar el transporte efectivamente, motivo por el cual las reglas internacionales en materia de contrato de transporte, en menor o mayor medida, establecen salvaguardas para este tercero de buena fe, extendiendo la responsabilidad sobre los bienes embarcados al fletante, quien no ha participado en la celebración del contrato de transporte.

Con relación al tercer argumento detallado líneas arriba, en primer lugar, nos ocuparemos a la afirmación que el ordenamiento positivo, para luego evaluar si en la realidad práctica, el contrato de fletamento por tiempo, virtualmente solo es empleado para efectuar transporte, siendo su empleo para otros usos meramente accidental o no representativo.

Respecto a la primera afirmación, el CdC PE y el CdC ES únicamente contemplan al contrato de fletamento por viaje, entendido como contrato de transporte. Es incluso aceptado que los autores que, el contrato de fletamento por tiempo y el contrato de transporte de mercancías por mar surgen gracias a una serie de desarrollos tecnológicos que disminuyen en gran medida la incertidumbre que gobernaba el tráfico marítimo. Por su parte, esta posición de algunos autores españoles de afirmar que en el ámbito positivo el contrato de fletamento es reconocido como un contrato de transporte viene además fomentada por la redacción de la Ley General de Navegación Marítima, la misma que no hace sino identificar ambos contratos en su artículo 203²⁰⁵.

Por su parte, respecto a la afirmación de que en la realidad práctica no se puede concebir la idea del contrato de fletamento sin transporte, podemos afirmar que los buques pueden ser fletado para una infinidad de propósitos distintos al transporte, como pueden ser fines científicos, el empleo como almacén flotante, el apoyo a operaciones en altamar, etc., tal y como se ha manifestado en el presente documento. Incluso, como menciona José María Alcántara²⁰⁶, casos no faltan en los fletadores fletan un buque en determinado momento únicamente con fines especulativos, *“bien sea para sub-fletar a un tercero o para reservarse una capacidad de carga*

²⁰⁵ “Por el contrato de transporte marítimo de mercancías, también denominado fletamento, se obliga el porteador, a cambio de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino.”

²⁰⁶ Alcántara; J.M. *Op.cit.* Pp. 90

en momentos oscilatorios de la balanza de fletes". Es decir, podemos afirmar que existe una variedad de actividades en las que se puede emplear el buque que son distintas al transporte. Un ejemplo claro de cómo el tráfico marítimo moderno reconoce la existencia de contratos de fletamento por tiempo que no impliquen transporte es la existencia de una póliza de fletamento por tiempo específica para el flete buques que presten apoyo a actividades en ultramar, llamada SUPPLYTIME 2017, lo que hace suponer que su uso no es tan aislado o accidental.

Adicionalmente a todo lo anterior, si bien la naturaleza jurídica de ambos contratos similar (contrato de prestación de servicios), el servicio que cada parte se ofrece es radicalmente distinto en cada contrato, lo que ocasiona que el porteador esté sujeto a una serie de responsabilidades que el fletante no asume de manera directa.

Consideramos pertinente la interrogante que plantea José María Alcántara²⁰⁷, para quien "la cuestión reside en si el fletamento de un buque por tiempo requiere identificar la prestación del Fletador a fin de que la del Armador-Fletante se convierta en una obligación de resultado". Al respecto, coincidimos con la respuesta que este autor da a dicha interrogante, para quien la respuesta debe ser negativa en tanto lo que debe importarle al fletador en el marco de un contrato de fletamento por tiempo es el poder disponer de un buque que se encuentre en condiciones de navegabilidad, en tanto "el transporte no constituye el verdadero objetivo del Fletador que estará, desde luego, dispuesto a abonar flete periódicamente aun cuando no tenga carga para el buque."

Así, en caso del contrato de fletamento por tiempo, la obligación de resultado que asume el fletante será la de poner a disposición del fletador un buque en condiciones de navegabilidad y hacerlo navegar de acuerdo a las órdenes del fletador. Por su parte, en el caso de transporte, el resultado prometido por el porteador será el de efectuar el transporte de las mercancías cargadas hasta el puerto de descarga acordado.

De igual manera, al estudiar las características típicas del contrato de transporte de mercancías por mar y compáralas con las del contrato de fletamento por tiempo, es posible apreciar varias diferencias entre cada uno de ellos que nos permiten afirmar que existe una autonomía entre cada uno de ellos. Así, mientras el contrato de transporte de mercancías se da

²⁰⁷ Alcántara; J.M. *Op.cit.* Pp. 90

de acuerdo a rutas e itinerarios predefinidos, los contratos de fletamento por tiempo se dan en el ámbito de la navegación libre. Mientras que el contrato de transporte se caracteriza por la existencia de múltiples cargadores, en el caso del contrato de fletamento por tiempo, el buque el fletado por entero por una sola persona, el fletador. Otra diferencia entre las características de ambos contratos es el poder de negociación de las partes, el cual en el contrato de transporte es virtualmente inexistente, manteniendo los porteadores el mayor poder de negociación, mientras que, en el caso del contrato de fletamento por tiempo, sí existe un equilibrio de en el poder de negociación de las partes.

Todo lo anterior nos permite afirmar que el contrato de fletamento por tiempo des un contrato autónomo dentro de los contratos de utilización del buque.



CONCLUSIONES

Primera.

Existen tres posiciones doctrinales respecto al contrato de fletamento por tiempo. La primera de ellas, que hemos denominado mixta, identifica al contrato de fletamento por tiempo o bien con el contrato de arrendamiento de buque o bien con el contrato de transporte de mercancías por mar, dependiendo quién se obligue a realizar el transporte. En segundo lugar, tenemos la posición que hemos denominado tesis mayoritaria, que asimila el contrato de fletamento por tiempo con el contrato de transporte. Finalmente, tenemos la tesis minoritaria, que sostiene la autonomía del contrato de fletamento por tiempo frente a los demás contratos de explotación del buque.

Segunda.

El CdC PE únicamente regula el contrato de fletamento por viaje entendido como contrato de transporte. Este cuerpo normativo no recoge ninguno de los otros contratos de explotación del buque.

Tercera.

Cuando hablamos del contrato de fletamento por tiempo, nos estamos refiriendo a un contrato que puede ser calificado como locación de servicios. La nota característica que define al contrato de fletamento por tiempo es la puesta a disposición de un buque en condiciones de navegabilidad a favor del fletador, quien, asumiendo la gestión comercial del buque, podrá decir respecto al empleo comercial del mismo, quedando la gestión náutica en manos del fletante, quien mantiene la posesión del buque en todo momento, a través del capitán del buque. Es decir, se da una separación entre la empresa de navegación y la empresa de transporte.

Cuarta.

La naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de buque es la de contrato de arrendamiento de cosa, donde la nota característica será la cesión de la posesión del buque a favor del arrendatario, quien asume la calidad de naviero al asumir tanto la gestión náutica como

la gestión comercial del buque, quedando el arrendador al margen de la explotación del buque. En este sentido, podemos afirmar la autonomía del contrato de fletamento por tiempo frente al contrato de arrendamiento de buque de acuerdo a lo siguiente: (i) naturalezas jurídicas distintas, en un caso estamos ante un contrato de locación de servicios en el otro ante un arrendamiento; (ii) quien mantiene la posesión del buque. En el contrato de fletamento por tiempo, el fletante mantiene la posesión del buque, mientras que, en el arrendamiento, el arrendador se encuentra obligado a ceder la posesión del buque al arrendatario; (iii) en el caso del contrato de fletamento por tiempo, no se desliga por completo de la operación del buque, en tanto mantiene la gestión náutica mientras que cede la gestión comercial al fletador. En el caso del arrendamiento del buque, al ceder la posesión del buque, el arrendador cede tanto la gestión náutica como la gestión comercial a favor del arrendatario.

Lo anterior nos permite afirmar que la tesis mixta no es correcta.

Quinta.

El contrato de fletamento por tiempo es un contrato autónomo distinto del contrato de fletamento por viaje. Si bien ambos deben ser considerados dentro de una misma categoría jurídica, lo cierto es que cada contrato cuenta con caracteres especialísimos que nos permiten diferenciarlos el uno del otro, siendo que, el punto que los diferencia es la cesión o no de la gestión comercial del buque a favor del fletador. En el caso del contrato de fletamento por tiempo, el fletante, al ceder la gestión comercial, no cuenta con ningún interés especial en cómo piensa emplear el buque el fletador, siempre y cuando éste cumpla con los límites establecidos en el contrato, siéndole indiferente si el buque navega o no.

Por el contrario, en el caso del contrato de fletamento por viaje, el fletante mantiene tanto la gestión náutica como la gestión comercial del buque, mientras que el fletador únicamente adquiere un derecho a empelar el espacio del buque durante el viaje o viajes acordados. En este sentido, el fletante al mantener la gestión comercial del buque, será el encargado de determinar la explotación comercial del buque.

Sexta.

En el Perú, el contrato de transporte de mercancías por mar se encuentra regulado únicamente por las denominadas “Reglas de La Haya”.

Sétima.

La Naturaleza jurídica del contrato de transporte de mercancías por mar es el de un contrato de locación de servicios, donde el servicio prometido por el porteador es el transporte de la carga de un puerto a otro, debiendo entregar tal carga en el mismo estado que la recibió, es decir, haciéndose responsable por custodia de la misma. En este sentido, podemos afirmar que estamos ante una obligación de resultados.

Octava.

Los defensores de la tesis mayoritaria sostienen que en la realidad práctica no concibe la existencia de un contrato de fletamento que no tenga como fin únicamente la navegación del buque, sino que esta debería estar aparejada siempre a la ejecución de transporte. Es decir, no es posible la existencia de un contrato en el que el fletante se comprometa únicamente a poder un buque a disposición, sin asumir las obligaciones de transporte de carga.

Novena.

El CdC PE, las Reglas de La Haya, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam han recogido la posibilidad de que quién se comprometa a realizar el transporte en el marco de un contrato de transporte de mercancías sea una persona distinta al fletante o al propietario del buque, llegando en algunos casos establecer la diferencia entre “porteador efectivo” y “porteador contractual”.

Décima.

La realidad práctica ha demostrado que, si existen casos en los que se fletan buques con propósitos distintos a los del transporte, existiendo casos en los que se fletan buques con fines meramente especulativos. En este sentido, el fletador paga el flete por la posibilidad de disponer de un buque en condiciones de navegabilidad. El hecho de que con este pueda realizar transporte de mercancías no implica que el contrato de fletamento por tiempo se identifique con este.

En este punto debe tenerse en cuenta que la obligación que asume el fletante es poner a disposición el buque en condiciones de navegabilidad a favor del fletador. Si el fletador decide emplear el buque fletado para realizar transporte de carga por vías marítimas, entonces el fletante asumirá la ejecución de tal transporte, pero lo hará en el marco de la puesta a disposición del buque y no porque asuma las obligaciones típicas del transporte de manera directa. Lo anterior sustenta la existencia de la obligación que tiene el fletador de indemnizar al fletante por cualquier daño que sufra a causa de las órdenes que el fletador de respecto al empleo comercial del buque.

Por lo anterior, no comparto la posición que mantiene la doctrina mayoritaria.

Décimo Primera.

Si bien coincidimos con la doctrina minoritaria en lo relativo a la naturaleza del contrato fletamento por tiempo, consideramos que la navegación del buque no es lo que define al contrato de fletamento por tiempo, sino únicamente la puesta a disposición de un buque que debe encontrarse en condiciones de navegabilidad, pues el hecho de entender el contrato de fletamento únicamente asociado a una obligación de navegar por parte del fletante, excluiría la posibilidad de poder emplear el buque en actividades en las que la navegación sería más bien accesoria o accidental, como de aquellos buques fletados con la intención de ser empleados como almacén flotante o bien en aquellos casos en los que el buque es fletado con fines meramente especulativos.

Décimo Segunda.

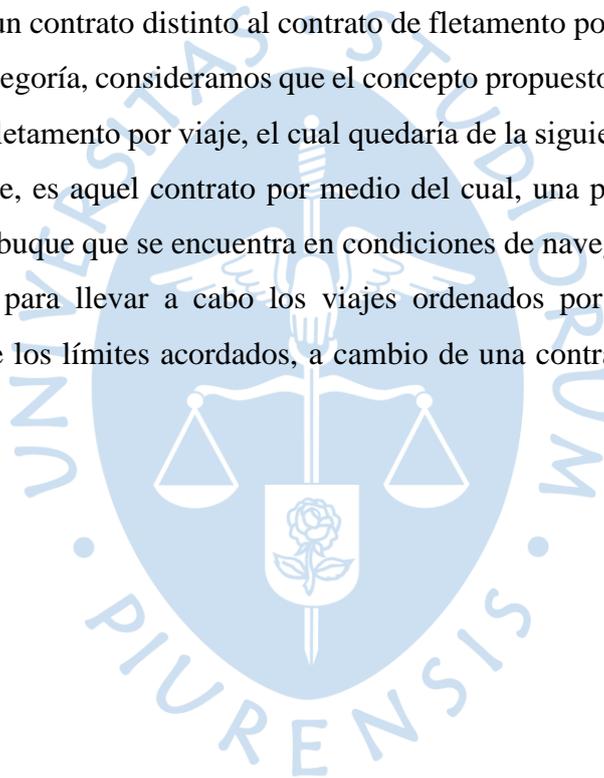
Adicionalmente, si afirmamos que el servicio al que se obliga el fletante es la navegación, podría dar lugar a entender que, si el buque no navega por no haber recibido órdenes de parte del fletador, entonces no se estaría ejecutando la prestación del contrato, por lo que no se devengaría el flete acordado. Como lo hemos mencionado, consideramos que la prestación principal a la que se compromete el fletante es a la puesta a disposición del buque, si este navega o no, dependerá enteramente del empleo que el fletador decida darle al buque.

Décimo Tercera.

Siguiendo las conclusiones aquí expuestas, proponemos el siguiente concepto: “El contrato de fletamento por tiempo, es aquel contrato por medio del cual, una persona llamada Fletante, pone a disposición un buque que se encuentra en condiciones de navegabilidad, a favor de otra denominada fletador, para que este emplee el buque de acuerdo a sus necesidades, dentro de los límites acordados, durante un cierto periodo de tiempo, a cambio de una contraprestación, denominada flete”.

Décimo Cuarta.

Si bien nos hemos dedicado a estudiar el contrato de fletamento por tiempo, y hemos concluido que este es un contrato distinto al contrato de fletamento por viaje, incluso si forman parte de una misma categoría, consideramos que el concepto propuesto puede ser adaptado para definir al contrato de fletamento por viaje, el cual quedaría de la siguiente manera: “El contrato de fletamento por viaje, es aquel contrato por medio del cual, una persona llamada Fletante, pone a disposición un buque que se encuentra en condiciones de navegabilidad, a favor de otra denominada fletador, para llevar a cabo los viajes ordenados por este, de acuerdo a sus necesidades, dentro de los límites acordados, a cambio de una contraprestación, denominada Flete”.





REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcántara; J.M. (2018). *El contrato de fletamento por tiempo*. En “Los contratos sobre el buque en Derecho español. Análisis práctico”. Madrid. Editorial Dykinson.

Arroyo, I. (2005). *Curso de Derecho Marítimo*. Navarra. Editorial Aranzadi, SA.

Baatz, Y. en (2014). *Maritime Law. Third Edition*. Abingdon. Informa Law from Routledge

Baughen, S. (2009) *Shipping Law*. Abingdon. Routledge-Cavendish.

Calderón, E. (2019). “La responsabilidad del propietario del buque en el Derecho Peruano”. *Revista de Derecho Vox Juris*, Volumen 37. Recuperado de: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1605/pdf04>

Coghlin, T., Baker, A., Kimball, J., Belknap Jr., T. y Kenny, J. (2014). *Time Charters*. Abingdon. Informa Law from Routledge.

Diez-Picazo, L.; Gullón A. (2005). *Sistema de Derecho Civil. Volumen II*. Madrid. Editorial Tecnos.

Gabaldón García, J.L. y Ruiz Soroa, J.M. (2002) *Manual del Derecho de la Navegación Marítima*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

García-Pita, J.L. (2006). *Arrendamiento de buques y Derecho Marítimo (Con especial referencia al derecho de formularios)*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

García-Pita, J.L. (2013). “*Contratos Náuticos y Estructura Fractal de las normas jurídicas (Fletamento vs. Transporte Marítimo de Mercancías: Del contrato a la institución)*”. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, Volumen 14.

García-Pita, J.L. (2018). “*La responsabilidad del armador fletante y del armador porteador, por falta de navegabilidad*”. En “El derecho marítimo de los nuevos tiempos”. Navarra. Thomson Reuters-Civitas.

Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil, Tomo V*. Colombia. Temis.

Girvin, S. (2011). *Carriage of Goods by Sea*. Oxford. Oxford University Press.

González-Lebrero, R. (1998). *Curso de Derecho de la Navegación*. Vitoria-Gasteiz. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

González-Lebrero, R. (2018). *Los contratos de utilización de buques*. En “Los contratos sobre el buque en Derecho español. Análisis práctico”. Madrid. Editorial Dykinson.

Gorton, L., Ihre, R., Sandevam, A. (1984). *Shipbroking and chartering practice*. Londres. Lloyd's of London Press Ltd.

Lefebvre D'Ovidio, A., Pescato, G., y Tullio, L. (2008). *Manuale di diritto della navigazione*. Milán. Dott. A. Giuffrè Editore.

- Martínez, M^a. I. (1991). *Los Contratos de explotación del buque. Especial referencia al Fletamento por Tiempo*. Barcelona. Bosch.
- Pejovés, J.A. (2007). *Derecho Marítimo, 25 ensayos, Transporte Marítimo, Multimodal y Puertos*. Lima. Editorial Cuzco S.A.C.
- Ramírez, L. (2012). “*El conocimiento de embarque como título valor en el Derecho Español (con referencias al ordenamiento peruano)*”. En “*Estudios de Derecho Marítimo*”. Navarra. Editorial Aranzadi.
- Ripert, G. (1954). *Compendio de Derecho Marítimo*. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina.
- Rubio, J. (1953). *El Fletamento en el Derecho Español*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Ruiz Soroa, J.M., Zabaleta, S y González M. (1997) *Manual de derecho del transporte Marítimo*. Vitoria-Gasteiz. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- Sánchez Calero, F. (2010). *El contrato de Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam)*. Navarra. Editorial Aranzadi.
- Sánchez Calero, F.; Sánchez Calero Guiliarte, J. (2010). *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen II*. Navarra. Editorial Aranzadi.
- Schoenbaum, T. (2004). *Admiralty and Maritime Law, Volume 2*. California. Thomson/West.
- Tarazona, F. en (2010). *Código Civil Comentado, Tomo VIII*. Lima. Gaceta Jurídica.
- Todd, P. (1988). *Contracts for the carriage of goods by sea*. Oxford. BSP Professional Books.
- UNCTAD. (1971). *Conocimientos de Embarque*. Ginebra. UNCTAD Secretariat.
- UNCTAD. (1990). *Charter parties, A comparative analysis*. Ginebra. UNCTAD Secretariat.
- Wilson, J. (2008). *Carriage of goods by sea*. Harlow. Pearson Longman.